

Rivista mensile - Anno XII, Numero 9

**dicembre
2022**

MEDIA APPALTI

**L'ANAC dice addio
all'AVCPass: arriva
il Fascicolo Virtuale
dell'Operatore Economico
(FVOE)**

**Concessioni: l'ANAC sul
caro materiali**

**La estensione ai consorzi
stabili dei principi delineati
dall'Adunanza plenaria n.
2 del 2022, sulla modifica
soggettiva del RTI, in caso
di perdita dei requisiti
di partecipazione di cui
all'art. 80 del Codice. Nota
a Consiglio di Stato, Sez. V,
7 novembre 2022, n. 9762**

**"Guida
pratica
in materia di
appalti pubblici"**

Registrazione presso il
Tribunale di Trani il 03.02.2011
al numero 3/2011 del Registro
dei giornali e periodici.

Vietato riprodurre anche parzialmente
i contenuti degli articoli pubblicati
senza essere autorizzati dall'editore.

I contributi presenti costituiscono
espressione delle libere opinioni degli
autori, unici responsabili dei loro scritti,
configurandosi quali semplici analisi di studio
liberamente apprezzabili dai lettori.

Sono graditi contributi in materia di
contrattualistica pubblica da inserire nei
prossimi numeri della rivista Mediappalti.
Il materiale potrà essere inviato al seguente
indirizzo e-mail: redazione@mediappalti.it,
corredato da recapito e qualifica professionale



SGQ UNI EN ISO 9001:2015
Certificato n° 2634



approfondimento aggiornamento giurisprudenza informazione consulenza normativa

**Uno strumento utile
per muoversi
nel complesso
e delicato
mondo degli
appalti pubblici**

**dicembre
2022**

Anna percorre la strada fiancheggiando la fila di auto parcheggiate. Non utilizza il marciapiede. "Cammina", procedendo sull'asfalto. Rallenta quando incrocia un'auto in movimento. Si accosta il più possibile alle vetture ferme. Poi riprende. Il suo incedere lento e a volte incerto segue le imprecisioni del manto stradale che scivola sotto le ruote della sua Leon Versus.

Anna è rimasta coinvolta in un incidente stradale. Le lesioni che ha subito alla colonna vertebrale hanno compromesso in maniera irreversibile l'utilizzo degli arti inferiori. Da due anni percorre il tratto che collega il suo civico al supermercato, alla scuola di sua figlia, al parco, passando per la strada. La scena si ripete quotidianamente. Non solo in questa porzione di città. Non solo in questa città.

Le barriere architettoniche sono una realtà diffusa. Un'eredità del vecchio modo di urbanizzare che ancora non si riesce a smaltire.

L'articolo 4 del Decreto del Presidente della Repubblica n. 503 del 1996 afferma che "i progetti relativi agli spazi pubblici e alle opere di urbanizzazione a prevalente fruizione pedonale devono prevedere almeno un percorso accessibile in grado di consentire con l'utilizzo di impianti di sollevamento ove necessario, l'uso dei servizi, le relazioni sociali e la fruizione ambientale anche alle persone con ridotta o impedita capacità motoria o sensoriale". Dopo ventisei anni dall'entrata in vigore, il "Regolamento recante norme per l'eliminazione delle barriere architettoniche negli edifici, spazi e servizi pubblici" non sembra aver trovato grande attuazione.

Anna non può spostarsi utilizzando il marciapiede perché mancano le rampe, dove ci sono non sono realizzate con le pendenze adeguate, il percorso è spesso reso impervio dalla presenza di pali per l'illuminazione o per la segnaletica stradale che ostacolano il passaggio di una carrozzina. A volte le amministrazioni pubbliche non solo non si attivano per rimuovere le barriere architettoniche ma sono esse stesse a installarne di nuove.

Le prime norme riguardanti l'eliminazione delle barriere architettoniche risalgono al 1986. La Legge n. 41 introduceva l'obbligo dei Comuni e delle Province di redigere i Piani per l'Eliminazione delle Barriere Architettoniche. Non tutte le Amministrazioni Comunali se ne sono dotate o li hanno messo in pratica.

Per individuare i comuni virtuosi in tale ambito, dal 2012, vengono assegnate le Bandiere Lilla. In tutta Italia sono appena quarantatré. Attestano che un Comune abbia "infrastrutture, servizi e iniziative che rendano i luoghi facilmente accessibili e fruibili alle persone diversamente abili". Quarantatré è un numero ridicolo al cospetto dei 7904 Comuni censiti in Italia al 20 febbraio 2021. Nell'elenco delle Bandiere Lilla si leggono nomi di Comuni di piccole dimensioni. Nessuna grande o media città. Nessun capoluogo di provincia o di regione.

Gli investimenti in appalti pubblici destinati all'adozione dei PEBA non sono mai decollati. Sono esigui gli interventi cantierizzati per sanare tutte le situazioni storiche. Precedenti il 1986.

Ma il quartiere in cui vive Anna, edificato dopo quella data, presenta gli stessi deficit delle zone più vecchie. In tutti questi anni, all'attenzione del legislatore non è seguita un'azione sistematica degli enti locali. E' sporadica e frammentaria.

"Vi è una situazione da parte di tutti i Sindaci di inadempimento dell'obbligo di adottare i PEBA, che provoca *un grave vulnus* ad un primario diritto soggettivo, quella alla mobilità, che genera intollerabili comportamenti dei Comuni discriminatori nei confronti delle persone con disabilità, censurabili anche giurisdizionalmente" scriveva nel 2014 l'Associazione Luca Coscioni in una lettera indirizzata all'allora Presidente ANCI Piero Fassino.

L'inclusività delle città, trascurata per decenni, è diventata un'emergenza. E' tra gli obiettivi dell'agenda 2030 delle Nazioni Unite. E sembra non esser un problema esclusivamente italiano. L'obiettivo numero 11 prevede che si rendano le città e gli insediamenti umani inclusivi, sicuri, duraturi e sostenibili. Saremo capaci di raggiungere questi traguardi in sette anni?

Nel cassetto ci sono 12milioni di euro. Sono le risorse residue del Fondo per l'inclusione del 2021. E ci sono i nuovi stanziamenti previsti dalla Legge di Bilancio 2022 che, come si apprende dalla pagina web della Camera "ha attribuito al Fondo la nuova denominazione di 'Fondo per le politiche in favore delle persone affette da disabilità' e ne ha incrementato la dotazione di 50 milioni di euro per ciascuno degli anni dal 2023 al 2026".

Il 03 dicembre si celebra la Giornata Internazionale delle Persone con Disabilità. Anche quest'anno Anna dovrà raggiungere il parco, nel quale le associazioni cittadine organizzano manifestazioni e iniziative di sensibilizzazione, senza poter percorrere il tragitto in piena sicurezza, su un marciapiede. Ogni giorno spera che sia l'ultimo. Che al mattino seguente una ditta appaltatrice si metta all'opera per rimuovere gli ostacoli di cui sono disseminati quei marciapiedi. "Un giorno all'anno tutto l'anno" è lo slogan dell'edizione 2022 della giornata celebrativa dei disabili. Se ogni giorno per tutto l'anno, per sette anni, 3 comuni avviassero appalti pubblici adottando i PEBA, fino al 2030, potremmo aver annullato il deficit di inclusione che caratterizza le nostre città. Non servono leggi, regolamenti e fondi. Ci sono. Servono amministratori sensibili.

Capaci di comprendere, come affermato dal Consigliere Comunale Ignazio Iucci del Comune di Avezzano, che gli interventi per l'applicazione dei PEBA "non sono solo lavori pubblici ma passi di civiltà".

di Enzo De Gennaro

sommario

Editoriale

PEBA

4

In evidenza

L'ANAC dice addio all'AVCPass: arriva il Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico (FVOE).

7

Sotto la lente

La estensione ai consorzi stabili dei principi delineati dall'Adunanza plenaria n. 2 del 2022, sulla modifica soggettiva del RTI, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 del Codice. Nota a Consiglio di Stato, Sez. V, 7 novembre 2022, n. 9762.

16

Hanno collaborato a questo numero:

Dott.ssa Alessandra Verde
Referendaria consigliare presso il Consiglio regionale

Avv. Adriana Presti
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

Avv. Riccardo Gai
Esperto in materia di appalti pubblici

Avv. Paola Cartolano
Esperta in materia di appalti pubblici

Dott.ssa Beatrice Corradi
Dirigente del Servizio Provveditorato, Affari generali e Gruppi Consiliari del Consiglio regionale della Liguria

Dott. Stefano Usai
Vice segretario del Comune di Terralba (Or)

Avv. Stefano de Marinis
of Counsel presso Piselli & partners, già vicepresidente FIEC

Avv. Giuseppe Croce
Esperto in appalti pubblici

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

Comitato di Redazione
avv. Maria Teresa Colamorea
avv. Mariarosaria di Canio
avv. Arcangela Lacerenza
avv. Domenico Manno
avv. Giuseppe Morolla

Responsabile Web
Lorenzo Antonicelli

Editore:
Mediagraphic s.r.l.
Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta
Tel. 0883.527171
Fax 0883.570189
www.mediagraphic.it
info@mediagraphic.it

Il Punto

Suddivisione in lotti e applicazione del vincolo di aggiudicazione in caso di imprese collegate

24

Concessioni: l'ANAC sul caro materiali

32

Viaggi istituzionali, viaggio studio, organizzati tramite agenzie di viaggio, da Pubbliche Amministrazioni. Tutele e garanzie nell'esecuzione del contratto

39

Inversione procedimentale e invarianza della soglia di anomalia

46

I limiti della previsione a corpo negli appalti pubblici: un problema generale che si ripropone per i servizi tecnici

52

Pareri & Sentenze

57

A Domanda Rispondiamo

62

In pillole

66

Osservatorio sulla Corte dei Conti

L'ANAC dice addio all'AVCPass: arriva il Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico (FVOE).

di Alessandra Verde

IN
EVIDENZA

1. Inquadramento generale

Lo scorso 9 novembre è divenuto obbligatorio il Fascicolo Virtuale dell'Operatore economico (FVOE), a conclusione del lungo percorso di digitalizzazione e accentramento delle informazioni riguardanti i concorrenti delle procedure di affidamento previsto dal Codice dei contratti pubblici e gradualmente attuato attraverso fasi successive.

Il primo passo è stato la creazione della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (BDNCP), attualmente gestita da ANAC, nella quale, secondo l'intenzione del legislatore, devono confluire, oltre alle informazioni acquisite per competenza dalla stessa Autorità tramite i propri sistemi informatizzati,

ogni altra informazione contenuta nelle banche dati esistenti, anche a livello territoriale, così da consentire l'accessibilità unificata, la trasparenza,

la pubblicità e la tracciabilità delle procedure di gara. Attraverso appositi protocolli di interoperabilità, i soggetti titolari delle suddette banche dati hanno garantito e garantiranno in futuro la confluenza dei dati medesimi nell'unica Banca dati accreditata.

Il Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico (FVOE) presso la Banca dati ANAC è divenuto recentemente operativo e il suo utilizzo è obbligatorio per tutte le procedure di affidamento di importo superiore ai 40 mila euro. Il suo impiego sostituisce l'AVCPass e consente a tutte le stazioni appaltanti di verificare, attraverso un'interfaccia web, il possesso, in capo ai concorrenti, dei requisiti di partecipazione agli appalti pubblici.



Nell'originaria idea del legislatore, tale banca dati accentrata doveva essere gestita dal Ministero delle Infrastrutture, il quale, tuttavia, non è riuscito negli anni a renderla realmente operativa. E' stato solo grazie all'impulso del PNRR e alla cospicua iniezione di risorse finanziarie che ne è seguita, che il legislatore emergenziale

ha spostato in capo ad ANAC il compito di realizzare pienamente e gestire tale importante strumento. L'Autorità è finalmente riuscita nell'intento.

Il processo di piena digitalizzazione non può dirsi, tuttavia, ancora ultimato. Vi sarà, si spera nel 2023, una versione, per così dire, 2.0 del FVOE, pienamente coerente con le prescrizioni del nuovo Codice dei contratti pubblici che entrerà in vigore presumibilmente entro il mese di marzo 2023, alle cui novità l'attuale prima versione del FVOE si è comunque in gran parte già allineata.

La disponibilità delle informazioni riguardanti gli operatori economici contenuti nel FVOE risulta fondamentale per le stazioni appaltanti che devono verificare il possesso in capo ai concorrenti dei requisiti per la partecipazione alle gare, l'assenza di eventuali cause di esclusione nonché la perdurante sussistenza degli stessi in capo agli operatori economici aggiudicatari in fase di esecuzione contrattuale.

Il graduale processo di accessibilità unificata a tali informazioni è, come è noto, stato avviato in un primo momento con la creazione della AVCPass, il cui funzionamento a singhiozzo dei primi tempi ha però creato non pochi problemi agli addetti ai lavori, per giungere poi all'attuale FVOE, punto di arrivo del processo ideato dal legislatore.

Tuttavia, per avere la piena disponibilità nel Fascicolo virtuale di tutta la documentazione utile ai fini delle verifiche di gara o delle fasi prodromiche e successive ad essa, occorrerà attendere ancora. In questa fase - di prima applicazione - vi sono ancora documenti che dovranno essere forniti autonomamente dagli operatori economici o dovranno essere reperiti dalle stazioni appaltanti direttamente presso gli Enti certificanti.

2. Le funzionalità del FVOE secondo l'art. 81 del Codice e la delibera ANAC

Fondamento normativo del FVOE è l'art. 81 del Codice dei contratti, il cui comma 4 sancisce che, presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, sia istituito il Fascicolo virtuale dell'operatore economico nel quale dovranno essere presenti i dati utili alla verifica dell'assenza di motivi di esclusione di cui all'articolo 80, l'attestazione di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, nonché i dati

e documenti relativi ai criteri di selezione di cui all'articolo 83.

In sintesi, le stazioni appaltanti, in forza del citato art. 81, hanno l'obbligo di acquisire esclusivamente mediante la BDNCP la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-professionale ed economico-finanziario per la partecipazione alle procedure di affidamento e per il controllo, in fase di esecuzione del contratto, della permanenza dei suddetti requisiti. Contestualmente, l'Autorità Nazionale Anticorruzione, in collaborazione, tra l'altro, con l'AgID, individua i dati concernenti la partecipazione alle gare per cui è obbligatoria detta verifica, nonché i termini e le regole tecniche per l'acquisizione, l'aggiornamento e la consultazione dei predetti dati, attraverso l'interoperabilità tra le diverse banche dati gestite dagli Enti certificanti coinvolti nel procedimento, nonché tra questi e la BDNCP, sulla base delle Linee guida che AgID ha elaborato in materia.

Il Decreto Semplificazioni *bis*, ovvero il D.L. n. 77/2021, ha, da ultimo, introdotto il comma 4-*bis* nell'art. 81 citato, secondo cui le amministrazioni competenti al rilascio delle certificazioni necessarie per la verifica del possesso dei requisiti generali di partecipazione alle gare realizzano sistemi informatici atti a garantire alla BDNCP la disponibilità in tempo reale delle certificazioni stesse in formato digitale, mediante accesso alle proprie banche dati e in modo automatizzato.

Con la delibera n. 464 del 27 luglio 2022, adottata di intesa con il Ministero delle Infrastrutture e della mobilità sostenibile e con l'AgID, pubblicata in Gazzetta ufficiale a fine ottobre ed entrata quindi in vigore lo scorso 9 novembre, ANAC ha regolamentato le funzionalità del FVOE, individuando i dati concernenti la partecipazione alle procedure di affidamento in relazione ai quali è obbligatoria la verifica tramite la BDNCP e che quindi devono essere resi disponibili nel FVOE, le regole tecniche con cui tali dati devono essere resi disponibili e aggiornati, nonché le modalità di accesso e funzionamento del medesimo.

In primo luogo, la delibera definisce l'ambito di utilizzo del FVOE, precisando che tramite esso si dovrà procedere alla verifica dell'assenza dei motivi di esclusione e del possesso dei requisiti per la partecipazione alle procedure di affidamento

di importo superiore a 40 mila euro, pubblicate a decorrere dal 9 novembre scorso.

Per inciso, anche le gare pubblicate in precedenza, per cui sia stata prevista la verifica dei requisiti mediante AVCPass, verrà di fatto svolta tramite il FVOE, posto che si tratta dell'unica interfaccia *web* attualmente operativa.

Va inoltre precisato che in realtà è possibile utilizzare il FVOE anche per le procedure di valore inferiore alla soglia dei 40 mila euro, previa però acquisizione di un CIG ordinario. In tal caso, spetterà alla stazione appaltante valutare se risulti conveniente, sotto il profilo degli oneri amministrativi e del tempo necessari per l'esecuzione delle verifiche, entrambi variabili a seconda dell'importo dello specifico affidamento, ricorrere al FVOE, sobbarcandosi però, d'altro canto, i più pressanti obblighi comunicativi connessi all'acquisizione di un CIG ordinario in luogo di uno SmartCIG.

Tramite il FVOE dovrà inoltre essere eseguito il controllo della dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza dei motivi di esclusione ex art. 80 del Codice e il possesso degli eventuali requisiti speciali richiesti per la specifica gara, ai sensi degli artt. 83 e 84 del codice. Medesimo discorso vale per i soggetti ausiliari, con riferimento ai quali il Fascicolo virtuale consentirà il controllo del possesso dei requisiti di ordine generale.

Importante novità è la possibilità, mediante il Fascicolo virtuale, di effettuare il controllo della permanenza dei requisiti, per tutti i casi visti sopra, **anche in fase di esecuzione** del contratto. Il Fascicolo virtuale infatti, a differenza di quanto è accaduto sino ad ora con AVCPass, resterà a disposizione della stazione appaltante per tutta la durata del contratto e non verrà chiuso a conclusione della gara, come invece succedeva nel sistema precedentemente in uso.

In concreto, le stazioni appaltanti adesso possono, attraverso un'interfaccia *web*, per la verità piuttosto

simile a quella già conosciuta con AVCPass, acquisire direttamente e in tempo reale o quasi le certificazioni comprovanti il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario per l'affidamento dei contratti pubblici.

Dal canto loro, gli operatori economici potranno e, finché il FVOE non sarà pienamente operativo e integrato con tutti i soggetti certificatori, dovranno inserire nel Fascicolo i dati e le certificazioni comprovanti il possesso dei requisiti speciali di cui essi soltanto abbiano la disponibilità e la cui produzione sia pertanto a loro carico. Si pensi alla comprova di requisiti speciali quali il fatturato specifico o i servizi analoghi. Un'altra fondamentale novità del FVOE è la possibilità di **riuso** da parte degli operatori

economici dei documenti presenti nel FVOE per la partecipazione a più procedure di affidamento, nei termini di validità temporale degli stessi.

Parallelamente, dal punto di vista delle stazioni appaltanti è previsto ugualmente il riuso da parte delle medesime dell'esito delle verifiche effettuate sul possesso dei requisiti per la partecipazione ad altre procedure di affidamento e l'accesso ai documenti a comprova, nel limite di validità temporale di centoventi giorni.

Si tratta di un elemento di grande semplificazione e accelerazione delle procedure. Infatti, fino alla novella normativa apportata dal decreto Semplificazioni *bis*, da parte degli operatori economici non era possibile alcun riutilizzo automatico della documentazione prodotta per gare precedenti in quanto il fascicolo creato in AVCPass riguardava la singola gara e si chiudeva con essa.

Dal lato stazione appaltante, invece, era ammesso dall'ordinamento il solo riuso interno, ovvero la possibilità per una amministrazione di riutilizzare i documenti a comprova dei requisiti generali e

Il FVOE porta con sé alcune importanti novità: la possibilità di riuso dei documenti richiesti per precedenti gare, anche espletate da stazioni appaltanti differenti, purché in corso di validità; l'unicità del caricamento dei documenti da parte degli operatori economici; la disponibilità del Fascicolo virtuale e quindi la possibilità di effettuare le verifiche a sistema anche in fase di esecuzione del contratto.



speciali di un concorrente già richiesti e ottenuti nell'ambito di un'altra gara espletata dalla **medesima** stazione appaltante, nei limiti di tempo sanciti dall'art. 86, comma 2-bis del Codice¹.

Adesso, invece, è ammesso anche il riuso esterno, avente quindi ad oggetto documenti richiesti nell'ambito di precedenti procedure di gara espletate da **altre** stazioni appaltanti. In questo caso, il termine di validità dei documenti non è centottanta giorni come previsto per il riuso interno ma centoventi e questo minor termine è stato convenzionalmente deciso da ANAC e stabilito in delibera perché non tutti gli Enti certificanti sono in grado di fornire in interoperabilità la data esatta di emissione dei certificati, a decorrere dalla quale si dovrebbe conteggiare la validità dei medesimi. Per tale ragione l'Autorità ha ridotto prudenzialmente di sessanta giorni il periodo generale di validità così da essere certa di rendere disponibili certificati ancora validi.

Da tale novità ci si attende un grande beneficio sia per i concorrenti che per le amministrazioni in termini di riduzione degli oneri amministrativi e del tempo necessari per la verifica dei requisiti e, in generale, per la partecipazione alle gare.

3. Le modalità operative descritte dalla Delibera ANAC

Vediamo adesso come funziona in concreto il FVOE. In primo luogo, la stazione appaltante, tramite il RUP già abilitato, procede all'acquisizione di un CIG ordinario per la procedura di affidamento in corso di avvio, indicando a sistema il soggetto abilitato alla verifica dei requisiti. Ovviamente le stazioni appaltanti avranno cura di indicare nella *lex specialis* di gara che la verifica del possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico finanziario contenuti nel FVOE avverrà attraverso l'utilizzo della BDNCP e, nello specifico, mediante il FVOE e di invitare tutti i soggetti interessati a partecipare alla procedura a registrarsi tempestivamente al sistema accedendo all'apposito *link* sul Portale dell'Autorità, in quanto le verifiche del possesso dei requisiti di partecipazione potranno avvenire esclusivamente attraverso detto canale; l'iscrizione al sistema diventa, pertanto, di fatto una condizione obbligatoria di partecipazione.

L'operatore economico interessato a partecipare alla procedura, da parte sua, dopo essersi registrato al servizio FVOE, indicherà a sistema il CIG di riferimento.

L'utilizzo del FVOE è subordinato al rilascio del PASSOE, che rappresenta lo strumento necessario per procedere alla verifica dei requisiti da parte delle stazioni appaltanti. Esso consente la corretta identificazione del concorrente e, in caso di RTI, di tutti i soggetti che lo compongono, nonché delle eventuali imprese ausiliarie e, in caso di subappalto, anche dei subappaltatori.

1. Art. 86 comma 2 bis 2-bis, D. L.gs. n. 50/2016 (introdotto dal Decreto Sblocca cantieri): <<Ai soli fini della prova dell'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 in capo all'operatore economico che partecipa alla procedura, ai soggetti di cui l'operatore economico si avvale ai sensi dell'articolo 89 nonché ai subappaltatori, i certificati e gli altri documenti hanno una durata pari a sei mesi dalla data del rilascio. Fatta eccezione per il DURC, la stazione appaltante, per i certificati e documenti già acquisiti e scaduti da non oltre sessanta giorni e qualora sia pendente il procedimento di acquisto, può procedere alla verifica dell'assenza dei motivi di esclusione con richiesta diretta agli enti certificatori di eventuale conferma del contenuto dell'attestazione già rilasciata. Gli enti certificatori provvedono a fornire riscontro entro trenta giorni dalla richiesta. Decorso tale termine il contenuto dei certificati e degli altri documenti si intende confermato. I certificati e gli altri documenti in corso di validità possono essere utilizzati nell'ambito di diversi procedimenti di acquisto>>.

Nelle more della piena integrazione con il sistema SPID, l'accesso al FVOE avviene mediante credenziali personali *username* e *password* e indicazione di una casella PEC. Gli operatori economici non residenti e privi di stabile organizzazione in Italia dovranno dotarsi di un indirizzo di posta elettronica certificata o di uno strumento analogo negli altri Stati Membri.

Il sistema rilascerà un PASSOE da inserire nella busta contenente la documentazione amministrativa.

Non diversamente da quanto già accadeva in AVCPass, il PASSOE rappresenta lo strumento necessario per procedere alla verifica dei requisiti da parte delle stazioni appaltanti. Esso consente la corretta identificazione del concorrente e, qualora lo stesso si presenti in forma aggregata, di tutti i soggetti che lo compongono.

In caso di avvalimento, l'impresa ausiliaria dovrà acquisire il PASSOE da inserire tra i documenti di partecipazione del concorrente ausiliato.

In caso di ricorso al subappalto, le opzioni sono diverse: se il nome del subappaltatore è già noto al momento della partecipazione, come nel caso del subappalto necessario per la qualificazione, il concorrente acquisirà subito il PASSOE relativo al subappalto da inserire all'interno della sua documentazione amministrativa. Diversamente, dopo l'aggiudicazione, l'impresa subappaltatrice produrrà il PASSOE e l'aggiudicatario, contestualmente alla trasmissione della dichiarazione di cui all'art. 105, comma 7, genererà il PASSOE relativo al rapporto di subappalto al fine di consentire alla stazione appaltante le verifiche dell'impresa subappaltatrice.

E' importante ricordare che il mancato inserimento del PASSOE nella busta contenente la documentazione amministrativa dà luogo all'attivazione, da parte della stazione appaltante, della procedura di soccorso istruttorio di cui all'articolo 83, comma 9 del Codice, con

conseguente esclusione dalla gara del concorrente in caso di mancata regolarizzazione nel termine all'uopo assegnato. Si ritiene che il soccorso istruttorio consenta di regolarizzare altresì la mancata acquisizione del PASSOE entro il

termine di presentazione dalla procedura, in quanto l'acquisizione dello stesso è condizione necessaria di partecipazione ai fini della verifica del possesso dei requisiti ma non può essere intesa come requisito di partecipazione da possedere al momento della presentazione dell'offerta, ulteriore rispetto a quelli richiesti dagli artt. 80 e 83 del Codice.

Va detto infine che l'acquisizione del PASSOE e la verifica del possesso dei requisiti tramite FVOE sono obbligatorie anche nel caso in cui la stazione appaltante abbia scelto di operare mediante l'inversione procedimentale prevista dall'art. 1, comma 3, della

legge n. 55 del 2019 fino al 30 giugno 2023, per i settori ordinari, e dall'art. 133 comma 8, del Codice per i settori speciali.

Come detto, gli operatori economici potranno – e dovranno – inserire nel Fascicolo virtuale una serie di documenti riguardanti i requisiti speciali di cui essi solo hanno la disponibilità. Secondo le prescrizioni del Codice dell'amministrazione digitale, sui documenti inseriti dagli operatori economici dovrà essere apposta la firma digitale, o altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque, il documento dovrà essere formato, previa identificazione informatica del suo autore, <<con modalità tali da garantire la sicurezza, l'integrità e l'immodificabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore>>.

L'operatore economico, utilizzando le specifiche funzionalità previste dal sistema, selezionerà i propri dati e documenti presenti nel FVOE di cui intende avvalersi per la dimostrazione del possesso dei requisiti speciali riferiti alla specifica gara.

Una importante novità è la presenza in BDNCP della Lista degli operatori economici verificati, contenente l'elenco di tutti gli operatori economici per i quali è stata eseguita con esito positivo la verifica di tutti i requisiti di partecipazione in occasione di una procedura di affidamento. La presenza degli operatori verificati nella Lista perdurerà per tutto il periodo di validità delle verifiche svolte.



Una importante novità introdotta dal FVOE è rinvenibile nell'**unicità del caricamento** a sistema dei documenti. In altre parole, l'operatore economico dovrà caricare una sola volta la documentazione in suo possesso rilevante per la partecipazione alle gare (si pensi ad esempio alle fatture relative a servizi pregressi svolti); la stessa resterà depositata dentro il suo fascicolo personale e sarà utilizzabile, nei termini di eventuale validità, per qualunque procedura. Ciò comporterà una grande semplificazione e risparmio di tempo anche per i concorrenti, i quali potranno inserire una volta per tutte i documenti rilevanti, senza dover ripetere tale operazione per ogni gara cui intendano partecipare.

Al momento dell'avvio delle verifiche sul possesso dei requisiti, il soggetto abilitato dal RUP all'effettuazione delle stesse inserisce in BDNCP la richiesta dei documenti a comprova dei requisiti per gli operatori economici interessati. A questo punto l'ANAC per prima cosa metterà automaticamente a disposizione tutta la documentazione in corso di validità già disponibile. Laddove non vi siano documenti in corso di validità già disponibili, la stessa Autorità procederà alla loro richiesta nei confronti dei competenti Enti certificanti.

Nel caso di documenti già presenti in Banca dati, la stazione appaltante ha comunque facoltà di chiedere la ripetizione della verifica. Ciò dipenderà da valutazioni prudenziali dell'Amministrazione, anche in funzione della "volatilità" del documento in questione. In altri termini, vi sono documenti che, pur ancora validi perché emessi entro i centoventi giorni precedenti, sono per loro natura passibili di frequenti mutamenti - si pensi, ad esempio, alla regolarità fiscale o contributiva. Al contrario, ve ne sono altri, ad esempio i bilanci approvati, che non sono soggetti a modifiche. Sarà pertanto la stazione appaltante che, a seconda dei casi e della maggiore o minore necessità - anche sulla base di elementi specifici - di avere a disposizione una informazione il più possibile aggiornata, che stabilirà se richiedere o meno la ripetizione della verifica. In caso di richiesta, l'Autorità, naturalmente, renderà disponibili alle stazioni appaltanti i documenti a comprova dei requisiti non appena ricevuti dagli Enti Certificanti, garantendo la massima tempestività.

Di grande importanza è anche il fatto che l'esito delle verifiche svolte dalle stazioni appaltanti in

occasione di specifiche procedure di affidamento restino disponibili nel FVOE fino al momento della scadenza di validità dei documenti su cui sono state effettuate dette verifiche. Da ciò discende anche la creazione della c.d. Lista degli operatori economici verificati, presente nella BDNCP, che conterrà l'elenco di tutti gli operatori economici, dei soggetti ausiliari e dei subappaltatori per i quali è stata eseguita con esito positivo la verifica di tutti i requisiti di partecipazione in occasione di una procedura di affidamento. Tale presenza nella Lista perdurerà per tutto il periodo di validità delle verifiche svolte.

L'esistenza della Lista consentirà alle stazioni appaltanti di scegliere, per lo svolgimento delle verifiche su operatori presenti nella Lista, se avvalersi delle verifiche svolte da altre stazioni appaltanti, laddove non siano intervenute variazioni dei soggetti di cui all'art. 80 comma 3, ovvero se ripetere la verifica dei requisiti.

Con riferimento alla Lista occorre precisare tuttavia che l'assenza di un operatore in essa non significa che lo stesso non abbia i requisiti.

La mancata presenza di un operatore nella lista può dipendere dal fatto che lo stesso non si sia aggiudicato alcun appalto nell'ultimo periodo - e pertanto non è stato recentemente sottoposto alla verifica dei requisiti - oppure che, pur aggiudicatario, tale verifica abbia superato il periodo di validità, oppure ancora che la stessa non abbia avuto esito positivo. Alla luce del fatto che l'assenza di un operatore nella Lista non assume alcun significato sotto il profilo dell'esclusione dalle gare: tale elenco - lungi dall'essere assimilabile ad un elenco di operatori "qualificati" o ad una sorta di *white list* - non è neppure esportabile proprio per evitare che le stazioni appaltanti lo usino per selezionare gli operatori economici da invitare, e che si dia luogo in tal modo ad una ingiustificata disparità di trattamento e restrizione della concorrenza non fondata su ragioni di "accertata qualificazione" degli operatori.

Va da sé che la Lista degli operatori economici verificati verrà gradualmente implementata man mano che il FVOE sarà utilizzato dalle stazioni appaltanti: se ne potrà cogliere pertanto tutta l'utilità soltanto dopo che l'impiego del Fascicolo virtuale entrerà a pieno regime.

4. I documenti a comprova dei requisiti disponibili sul FVOE

In fase di prima applicazione, i documenti a comprova del possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 80 del Codice, messi a disposizione nel FVOE mediante adeguati sistemi di cooperazione applicativa con gli Enti Certificanti, sono di fatto quelli già richiedibili tramite AVCPass, ovvero:

- 1) la visura Registro delle Imprese fornita da Unioncamere, per la verifica dell'assenza di procedure concorsuali in corso e per l'identificazione dei soggetti dotati di potere di rappresentanza su cui svolgere le verifiche ex art. 80, comma 1;
- 2) il certificato del casellario giudiziale integrale fornito dal Ministero della Giustizia per la verifica della sussistenza di eventuali condanne passate in giudicato a carico dei soggetti di cui all'art. 80, comma 3;
- 3) l'Anagrafe delle sanzioni amministrative – selettivo ex art. 39 D.P.R. n. 313/2002 dell'impresa, fornita dal Ministero della Giustizia;
- 4) il certificato di regolarità contributiva di ingegneri, architetti e studi associati, fornito da Inarcassa. In proposito, si precisa che il DURC rilasciato da Inps-Inail è già immediatamente disponibile *online* con possibilità di riuso da parte delle stazioni appaltanti diverse da quella richiedente, con validità di centoventi giorni, e pertanto non sussiste la necessità di richiederlo tramite FVOE, anche se pare che siano in corso interlocuzioni tra ANAC e INPS per integrare la funzionalità all'interno della Banca dati ANAC;
- 5) la comunicazione di regolarità fiscale fornita dall'Agenzia delle Entrate;
- 6) la comunicazione Antimafia fornita dal Ministero dell'Interno. In proposito, va precisato che l'informativa antimafia invece non è disponibile in quanto la normativa attualmente vigente non include l'ANAC tra i soggetti che possono richiederla alla Prefettura. Non è escluso tuttavia che,

Nel FVOE saranno disponibili, mediante adeguati sistemi di cooperazione applicativa con gli Enti Certificanti, tutti i documenti necessari per la comprova dei requisiti generali di partecipazione, ad eccezione del DURC, che però è già disponibile online in modalità di riuso esterno, e dell'informativa antimafia. Saranno inoltre disponibili i documenti necessari alla verifica dei requisiti carattere tecnico-organizzativo ed economico-finanziario, forniti, laddove necessario, dagli stessi concorrenti.

in una seconda fase di sviluppo del FVOE, con i necessari adeguamenti normativi, ci potrà essere un'implementazione di tale ulteriore funzionalità;

7) le annotazioni nel casellario informatico dei contratti pubblici, già in possesso dell'ANAC per competenza e rese disponibili dalla stessa nell'ambito del FVOE.

Per quanto attiene ai documenti a comprova del possesso dei requisiti di carattere tecnico-organizzativo ed economico-finanziario, in fase di prima applicazione, essi possono essere acquisiti presso la BDNCP e resi disponibili attraverso il Sistema attraverso tre diversi canali:

- 1) ad opera degli Enti Certificanti che li metteranno a disposizione in interoperabilità; è il caso, ad esempio, del fatturato globale e degli ammortamenti degli operatori economici costituiti in forma d'impresa individuale ovvero società di persone, ove disponibili, forniti da parte dell'Agenzia delle Entrate oppure dei dati relativi alla consistenza e al costo del personale dipendente, forniti dall'INPS;
- 2) ad opera della stessa ANAC per quanto attiene a documenti o informazioni già in suo possesso, quali, ad esempio, i Certificati Esecuzione Lavori (CEL) o le ricevute di pagamento del contributo obbligatorio all'Autorità da parte dei soggetti partecipanti o, ancora, le attestazioni SOA;
- 3) ad opera degli operatori economici, per quanto attiene ai documenti di cui essi soltanto hanno la disponibilità.

5. Focus: l'identificazione dei dati comprovanti il possesso del requisito di regolarità fiscale

Nella Relazione di accompagnamento alla Delibera n. 464, l'Autorità fornisce una serie di dettagli sul funzionamento del FVOE e si sofferma diffusamente sull'identificazione dei dati comprovanti il possesso dei requisiti, con particolare attenzione a quello della

regolarità fiscale. Nella Relazione viene infatti approfondito il contenuto delle informazioni fornite dall'Agenzia delle Entrate in cooperazione applicativa.

In primo luogo, l'Agenzia delle entrate fornisce all'Autorità, su richiesta di questa, l'esito informativo relativo alla condizione di regolarità fiscale relativa alle violazioni **definitivamente** accertate.

Tale esito informativo si basa sui dati a disposizione dell'Agenzia per individuare l'ammontare del debito residuo certo, scaduto ed esigibile relativo ad imposte e tasse in capo al soggetto per cui è richiesta l'informazione e si riferisce alla data di elaborazione della richiesta, che avviene entro dieci giorni lavorativi dalla stessa.

Al fine di individuare esclusivamente l'ammontare del debito certo, scaduto ed esigibile, i dati su cui vengono operate le successive selezioni ed elaborazioni sono costituiti dai carichi affidati dall'Agenzia delle entrate agli Agenti della riscossione, ai fini della riscossione coattiva. Gli importi che rilevano ai fini del requisito di regolarità fiscale sono quelli risultanti a decorrere dall'acquisizione da parte dell'Agente della riscossione dell'esito positivo dell'avvenuta notifica della cartella, ovvero, nel caso di debito conseguente ad accertamenti esecutivi, a decorrere dalla data di affidamento del relativo carico all'Agente della riscossione, che interviene necessariamente ad avvenuta notifica dell'accertamento esecutivo e decorsi i termini ultimi per il pagamento o per l'impugnazione.

All'interno della totalità dei carichi affidati agli Agenti della riscossione, sono presi in considerazione esclusivamente i debiti per imposte e tasse (esclusi interessi, sanzioni ed oneri diversi) gestite dall'Agenzia delle entrate ed oggetto di riscossione nazionale. Non rilevano, invece, ai fini della verifica di regolarità fiscale i debiti relativi a carichi perseguiti a titolo provvisorio, quelli oggetto di provvedimenti di annullamento o di sospensione e quelli oggetto di rateazione.

L'ANAC, nella Relazione di accompagnamento alla Delibera, si sofferma sull'identificazione dei dati comprovanti il possesso dei requisiti, approfondendo in particolare il requisito della regolarità fiscale e dettagliando il contenuto delle informazioni che è in grado di fornire l'Agenzia delle Entrate in cooperazione applicativa.



Se il debito complessivo relativo a violazioni definitivamente accertate risulta pari od inferiore a cinquemila euro, l'esito della comunicazione sarà positivo; se il debito complessivo risulta invece superiore a detta soglia, l'esito della comunicazione sarà negativo. In caso di comunicazione con esito negativo, la stazione appaltante provvederà ad inoltrarla al soggetto interessato, il quale potrà

produrre, entro il termine massimo di venti giorni lavorativi dalla ricezione di tale comunicazione, un'eventuale attestazione sostitutiva della comunicazione con esito negativo, rilasciata dall'Agente della riscossione competente, su sua richiesta e riferita alla data di elaborazione della richiesta originaria. Nel caso in cui l'operatore economico non sia in grado di fornire tale attestazione sostitutiva entro il termine, sarà escluso dalla procedura di gara.

Per quanto attiene invece alla verifica di sussistenza di eventuali violazioni fiscali **non**

definitivamente accertate, nelle more della piena operatività della BDNCP, l'Agenzia delle entrate rilascia, ai sensi del Decreto MEF del 28 settembre 2022, su richiesta della stazione appaltante, la certificazione di cui al provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate del 25 giugno 2001, ovvero la certificazione dei carichi fiscali pendenti, le cui risultanze sono valutabili dalla stazione appaltante medesima ai fini dell'esclusione del concorrente dalla gara.

6. Le prossime tappe

In via transitoria e fino alla completa operatività del sistema, la Delibera n. 464 precisa che, con riferimento all'acquisizione e alla verifica dei dati e dei documenti a comprova dei requisiti generali non disponibili nel FVOE, le stazioni appaltanti dovranno continuare a provvedere secondo le modalità previste dall'articolo 40, comma 1, del D.P.R. n. 445 del 2000, così come gli operatori economici dovranno inserire a sistema i dati e i documenti a comprova dei requisiti speciali non ancora disponibili nel FVOE.

Come già accennato, la versione definitiva del FVOE sarà pienamente adeguata al nuovo Codice dei contratti, di prossima adozione. Già da ora, tuttavia, si possono cogliere profili di coerenza del disegno legislativo complessivo. Uno di questi è, ad esempio, ravvisabile nel fatto che il FVOE sia obbligatorio solo per le procedure dai 40 mila euro in su, in linea con la previsione del futuro Codice, in cui, sotto tale soglia, sono sostanzialmente eliminati i controlli e sono previste esclusivamente verifiche a campione.

Allo stesso modo, il fatto che il nuovo Codice – se verrà confermata la stesura attualmente in circolazione – preveda la necessaria adozione di un provvedimento di aggiudicazione già efficace, preceduto quindi dalla verifica dei requisiti di partecipazione - a differenza di quanto previsto dal Codice vigente - è pienamente coerente con il fatto che i tempi per le verifiche verranno auspicabilmente quasi azzerati dal massivo utilizzo del FVOE e, pertanto, non sarà più necessario, per ridurre i tempi di conclusione della procedura, adottare determinazioni di aggiudicazione con efficacia sospesa.

La estensione ai consorzi stabili dei principi delineati dall'Adunanza plenaria n. 2 del 2022, sulla modifica soggettiva del RTI, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 del Codice. Nota a Consiglio di Stato, Sez. V, 7 novembre 2022, n. 9762.

di Adriana Presti

SOTTO
LA
LENTE

1. La fattispecie oggetto di giudizio

La controversia origina nell'ambito di una procedura di gara indetta dall'Agenzia delle Entrate (di seguito per brevità anche "ADE") per l'affidamento dei: *"Servizi di raccolta e recapito della corrispondenza, oltre che dei relativi servizi connessi nell'ambito del sistema dinamico di acquisizione della pubblica amministrazione per la fornitura di servizi postali, servizi di consegna plichi e pacchi tramite corriere e servizi connessi"*.

Alla gara, per tutti i lotti di gara, partecipavano due concorrenti di cui un costituendo RTI composto, tra l'altro, da un Consorzio Stabile.

Premessa

Il Consiglio di Stato, con la sentenza in commento, ha di recente esteso i principi delineati dall'Adunanza plenaria n. 2 del 2022 anche ai consorzi stabili, ammettendo la sostituzione della consorziata designata dall'appalto - in caso di perdita dei requisiti di partecipazione - con altra consorziata, già indicata in sede di partecipazione tra le consorziate esecutrici.

Interessante è allora ripercorrere i fatti e l'interpretazione estensiva effettuata dalla V Sezione del Consiglio di Stato, che con l'occasione effettua una ricostruzione puntuale degli istituti di riferimento.

Conclusa la fase di ammissione, l'ADE aggiudicava in via definitiva un lotto di gara al costituendo RTI. In sede di controlli sul possesso dei requisiti di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 (di seguito anche solo "Codice") e degli altri requisiti previsti dalla legge di gara, l'ADE rappresentava al costituendo RTI che all'esito delle verifiche sugli adempimenti in materia di contributi previdenziali ed assicurativi era risultata una irregolarità a carico della società, indicata dal Consorzio Stabile parte del RTI, quale consorziata esecutrice. A ciò seguiva la revoca dell'aggiudicazione per fatto sopravvenuto relativo alla consorziata esecutrice risultata irregolare nonché l'incameramento della cauzione provvisoria.

Nel frattempo, il Consorzio Stabile comunicava alla Stazione appaltante di avere estromesso la consorziata divenuta irregolare, chiedendo di poter sostituire quest'ultima con altra consorziata già designata per l'esecuzione in fase di gara.

A tale istanza veniva dato riscontro negativo e con provvedimento di riesame, pertanto, veniva confermata la revoca dell'aggiudicazione definitiva. Il Consorzio Stabile proponeva ricorso dinanzi al T.A.R. per il Lazio, denunciando, inter alia, la violazione ed errata applicazione dell'art. 80, commi 4 e 6 del Codice, in quanto, in caso di perdita di requisiti in fase di gara di una delle consorziate esecutrici, la Stazione appaltante avrebbe dovuto consentire l'estromissione e/o la sostituzione della consorziata, ai sensi dell'art. 48 del d.lgs. n. 50/2016.

Il T.A.R. per il Lazio, con sentenza n. 11549/2021, respingeva le censure di merito e le eccezioni di incostituzionalità e pregiudiziali articolate in giudizio. Avverso la sentenza veniva promosso appello dinanzi al Consiglio di Stato.

2. La ricognizione del quadro normativo

Per meglio comprendere la questione va necessariamente considerato il contesto normativo, che nella sentenza trova una puntuale ricostruzione.

L'introduzione dell'istituto del consorzio stabile nel nostro ordinamento risale all'art. 10, comma 1, lett. c), L. 10 febbraio 1994, n. 109 e costituisce il risultato di un **percorso di tipizzazione normativa del fenomeno della cooperazione tra imprese nell'esecuzione di commesse pubbliche, che ha visto nel tempo il riconoscimento delle associazioni temporanee di imprese** e dei consorzi di cooperative di produzione e lavoro regolati dalla l. 25 giugno 1909, n. 422, con l'art. 20, l. 8 agosto 1977, n. 584, e la disciplina dei consorzi ordinari, con l. 17 febbraio 1987, n. 80.

I consorzi stabili sono quei consorzi costituiti da almeno tre imprese che abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici per un periodo non inferiore a 5 anni, istituendo a tale fine una comune struttura di impresa. I consorzi stabili sono costituiti in funzione **di un numero potenzialmente illimitato di operazioni e**

si differenziano dai consorzi ordinari, nella misura in cui i consorzi **ordinari** nascono e cessano - al pari dei raggruppamenti temporanei di impresa - in vista di un'unica operazione.

L'istituto, secondo una attenta dottrina, costituisce una evoluzione della figura tradizionale disciplinata dagli artt. 2602 ss. c.c. e si colloca in una posizione intermedia fra le associazioni temporanee e gli organismi societari risultanti dalla fusione di imprese.

Il consorzio stabile, pertanto, rappresenta una particolare categoria dei consorzi disciplinati dal codice civile ed è soggetto sia alla disciplina generale dettata dallo stesso codice civile, sia a quella speciale dettata dal Codice dei contratti pubblici.

Si tratta, quindi, di un istituto che si colloca nel più ampio fenomeno della partecipazione aggregata alle procedure di evidenza pubblica, secondo i principi del *favor participationis* e della neutralità delle forme giuridiche dei soggetti partecipanti alla procedura di gara, disciplinati e regolamentati dalla legislazione prima comunitaria e poi eurounitaria. Quanto alla disciplina di dettaglio, l'art. 45, comma 2, lett. c) del Codice dispone che rientrano nella definizione di operatori economici, tra l'altro, proprio i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'art. 2615 ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro.

I consorzi stabili, come si diceva, sono formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tale fine una comune struttura di impresa.

Il comma 7 *bis* del medesimo articolo stabilisce che è consentito, per le ragioni indicate ai successivi commi 17, 18 e 19 e per fatti o atti sopravvenuti, ai soggetti di cui al suddetto comma 2, lettera c), **designare ai fini dell'esecuzione dei lavori o dei servizi, un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara**, a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere in tale sede la mancanza di un requisito

di partecipazione in capo all'impresa consorziata. Il comma 17, precisa che: "Salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma 5, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'art. 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante deve recedere dal contratto".

Il comma 18, prevede, altresì, che "Salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma 5, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire".

Ed infine, il comma 19 bis del medesimo articolo dispone che "Le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche con riferimento ai soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b), c) ed e)", mentre il comma 19 ter precisa: "Le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verifichino in fase di gara".

Il principio espresso dalla Plenaria n. 2/2022 può (o meno) estendersi anche ai consorzi stabili?



3. Le questioni giuridiche oggetto della controversia

Le questioni giuridiche prospettate, in ordine alle quali il Consiglio di Stato è stato chiamato a pronunciarsi, possono essere sostanzialmente così sintetizzate:

- a) se sia legittima, ai sensi dell'art. 48, commi 17, 18, 19 bis e 19 ter del d.lgs. n. 50/2016, l'estromissione di una consorziata per sopravvenuta perdita, in corso di gara, dei requisiti di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 (nella specie, sopravvenuta perdita di regolarità contributiva), da quest'ultima posseduti alla data di presentazione dell'offerta;
- b) se sia consentito, come ritiene il Consorzio Stabile (appellante), ai sensi dell'art. 48, commi 17, 18, 19 bis e 19 ter, del d.lgs. n. 50/2016, estromettere la consorziata designata dall'appalto, divenuta priva dei requisiti, e provvedere alla sostituzione della medesima con altra consorziata, già designata in sede di partecipazione alla gara.

Il tutto tenuto conto che recentemente l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza n. 2/2022, ha affermato il seguente principio di diritto: "la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (Codice dei contratti pubblici) da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, **ma anche in fase di gara**".

La questione verteva, dunque, sulla portata applicativa del suddetto indirizzo interpretativo e quindi, se, il principio espresso dalla Plenaria n. 2/2022, potesse (o meno) estendersi anche a consorzi stabili, stante la peculiare natura giuridica e la indiscussa distinzione tra i requisiti di partecipazione alle gare pubbliche dei consorzi stabili e dei consorzi ordinari.

4. La pronuncia del Consiglio di Stato

Il Consiglio di Stato, come si è anticipato, ha ritenuto applicabile l'indirizzo recentemente espresso dall'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 2 del 2022 e, quindi, ha affermato **la sostituibilità della consorziata designata dall'appalto con altra consorziata**, già indicata in sede di partecipazione tra le consorziate esecutrici.

E ciò anche in considerazione del fatto che la Plenaria con la predetta pronuncia ha interpretato la legge, secondo una lettura costituzionalmente orientata di norme sostanziali (e non processuali) ed in linea con i principi consolidati espressi dalla giurisprudenza dell'Unione europea.

L'applicazione retroattiva dei principi di cui alla Plenaria n. 2/2022.

Nel fare ciò, il Consiglio di Stato ha, in primo luogo, respinto la tesi dell'inapplicabilità dei principi della Plenaria alla fattispecie, in quanto sopravvenuti rispetto al tempo della determinazione della Stazione Appaltante. E ciò in forza dell'indirizzo espresso dalle Sezioni Unite della Cassazione nella nota sentenza 11 luglio 2011, n. 15144, secondo cui il ribaltamento giurisprudenziale avente ad oggetto una norma sostanziale è dotato di efficacia retroattiva (mentre può discutersi dei rimedi attuabili a tutela del legittimo affidamento quando il mutamento giurisprudenziale imprevedibile ed inaspettato abbia ad oggetto l'interpretazione di una norma processuale).

Di conseguenza, non è giustificata né giustificabile una limitazione all'efficacia retroattiva della **prospective overruling**. Deve infatti, nel contemperamento di interessi, darsi prevalenza all'interesse dell'operatore economico che riceve un immediato vantaggio dai chiarimenti offerti dall'Adunanza Plenaria - e che quindi, in un certo senso, avrebbe 'diritto al mutamento' -, atteso che in senso contrario, quest'ultimo verrebbe irragionevolmente pregiudicato dall'artificioso differimento della vigenza della nuova regola giurisprudenziale.

Ne consegue che, laddove si verifichi tale ipotesi, la stazione appaltante, in applicazione dei principi generali di cui all'art. 1 della l. 241/1990 e all'art. 4 del Codice dei Contratti pubblici, è tenuta ad interpellare il consorzio stabile, se questo non abbia già manifestato la propria volontà in ordine alla possibilità di procedere alla riorganizzazione del proprio assetto interno, al fine di rendere possibile la partecipazione dello stesso alla gara, nonostante la perdita dei requisiti di una delle consorziate designate dall'appalto.

Il Consiglio di Stato giunge dunque all'affermazione dei suddetti principi ripercorrendo rigorosamente l'istituto e l'interpretazione formatasi via via in seno alla giurisprudenza amministrativa.

Non pare dunque inutile ripercorrere il poderoso iter motivazionale che sorregge la decisione in commento.

La qualifica del consorzio stabile. Secondo la prevalente giurisprudenza, i consorzi stabili sono - secondo i dettami dell'articolo 45 sopra citato

- aggregazioni durevoli di soggetti che nascono da un'esigenza di cooperazione ed assistenza reciproca e, operando come un'unica impresa, si accreditano all'esterno come soggetto distinto. Sono operatori economici dotati di autonoma personalità giuridica, costituiti in forma collettiva e con causa mutualistica, che operano in base a uno stabile rapporto organico con le imprese associate, il

quale si può giovare, senza necessità di ricorrere all'avvalimento, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del "cumulo alla rinfusa" (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2021, n. 964).

Il criterio del cumulo alla rinfusa. Siffatto criterio costituisce un approdo pacifico della giurisprudenza e consiste nella possibilità per i consorzi stabili di qualificarsi nelle gare di affidamento di appalti pubblici **utilizzando i requisiti delle proprie consorziate**, con conseguente necessaria la verifica della effettiva esistenza in capo ai singoli consorziati dei requisiti di capacità tecnica e professionale prescritti dalla *lex specialis* (Cons.

**I principi espressi
dalla Plenaria n. 2/2022
hanno ad oggetto
l'interpretazione di una
norma sostanziale e
hanno effetti retroattivi,
non sussistendo alcuna
limitazione all'efficacia
retroattiva dell'overruling.**



Stato, Ad.Plen. 18 marzo 2021, n. 5). L'art. 47, comma 1, del Codice, infatti, prescrive che i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria devono essere posseduti dai consorzi in proprio, anche se il comma 1 prevede la possibilità del cumulo, ma ciò vale solo per i requisiti relativi alla disponibilità dell'attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo.

L'elemento qualificante e teleologico del consorzio stabile. La struttura comune di impresa è ciò che qualifica i consorzi stabili, essa è da intendersi quale "azienda consortile" - intesa nel senso civilistico di "complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa" - utile ad eseguire in proprio, che opera **senza l'ausilio** necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate in funzione delle prestazioni affidate a mezzo del contratto (cfr. Adunanza Plenaria 18 marzo 2021, n. 5; Cons. Stato, sez. III, 4.2.2019, n. 865), ferma restando la facoltà per il consorzio, che abbia tale struttura, di eseguire le prestazioni, nei limiti consentiti, attraverso le consorziate (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2.5.2017, n. 1984; Cons. Stato, sez. V, 17.1.2018, n. 276).

Differenze rispetto ai raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari. Il consorzio stabile è un nuovo e peculiare soggetto giuridico, promanante da un contratto a dimensione associativa tra imprese, caratterizzato oggettivamente come struttura imprenditoriale da un rapporto tra le stesse imprese di tipo organico, al fine di operare in modo congiunto nel settore dei lavori pubblici, sicché unico interlocutore con l'amministrazione appaltante è il medesimo consorzio, con la conseguenza che i requisiti speciali di idoneità tecnica e finanziaria devono essere da esso comprovati con il cumulo dei requisiti delle singole consorziate e non solo di quelli delle imprese per le quali il consorzio dichiara di concorrere.

Il ragionamento del Consiglio di Stato si sofferma dunque sul differente trattamento normativo in

merito al possesso dei requisiti tra le tipologie di partecipazione plurisoggettiva che riflette nella differente disciplina applicabile in tema di modifica soggettiva.

Il rilievo secondo cui "i requisiti speciali di idoneità tecnica e finanziaria devono essere da esso comprovati con il cumulo dei requisiti delle singole consorziate e non solo di quelli delle imprese per le quali il consorzio dichiara di concorrere" è il perno, in altri termini, della questione delle modifiche soggettive della struttura del consorzio stabile in sede di gara, dal momento che la questione stessa, secondo il Collegio, "sembra sfumare se si riflette sul fatto che l'amministrazione appaltante ha un unico interlocutore nella procedura di gara, sebbene espressione di una realtà plurisoggettiva".

Il Collegio ha quindi ritenuto che le differenze tra consorzi stabili e consorzi ordinari e i raggruppamenti temporanei di imprese non rilevano ai fini della questione di esame, essendo distinzioni (per le quali si rinvia anche alle

pronunce del Cons. Stato, sez. III, 4.2.2019, n. 865 e della Corte di Giustizia, sez. IV, 23 dicembre 2009, *Serrantoni S.r.l. e Consorzio stabile edili Scrl c. Comune di Milano*, in causa C- 376/08) che investono i requisiti di esternalizzazione della partecipazione alle procedure di gara da parte degli operatori giuridici, e non si riferiscono all'evenienza del venire meno dei requisiti di una consorziata designata in corso di gara.

I criteri che hanno ispirato l'approdo ermeneutico che giunge all'applicabilità dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria n. 2 del 2022 anche alle evenienze dei consorzi stabili sono quelli che regolamentano la partecipazione aggregata alle procedure di evidenza pubblica, che a loro volta legittimano la creazione dei consorzi stabili, **ossia il favor participationis e la "neutralità delle forme giuridiche dei soggetti partecipanti"**, come chiariti dalla legislazione eurounitaria. Sono

Il principio del favor participationis consiste nel realizzare l'ampliamento della platea dei concorrenti che partecipano ad una gara pubblica, costituendo dunque espressione della massima concorrenzialità nel settore dei pubblici contratti. Ogni deroga a tale finalità di carattere generale deve, di conseguenza, essere suscettibile di stretta interpretazione.



principi che conducono ad una interpretazione del dettato normativo finalizzata ad agevolare la partecipazione delle imprese, nel rispetto della *par condicio* degli operatori giuridici.

Il principio della "neutralità delle forme giuridiche".
Non pare allora inutile ricordare che il principio della "neutralità delle forme giuridiche" è stato confermato dagli artt. 19, par.2, della direttiva 2014/24/UE, relative ai settori ordinari, 37, par. 2, della direttiva 2014/25/UE relativa ai settori speciali e 26, par. 2, della direttiva 2014/23/UE, relativa alle concessioni, a mente dei quali i raggruppamenti di operatori economici non possono essere obbligati dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori ad avere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione.
La Plenaria n. 2/2022.

È sulla scorta di tale percorso interpretativo che quindi vengono in rilievo gli approdi a cui è giunta l'Adunanza Plenaria nella sentenza 2/2022 sul tema oggetto della pronuncia, ossia la perdita dei requisiti ex art. 80 del Codice **in sede di gara**. La Plenaria, non pare inutile ripetere, ha ritenuto che la modifica del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 citato da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara. A ciò si è giunti tramite un'interpretazione dei commi 17, 18 e 19 ter dell'art. 48 del Codice.

La Plenaria ha infatti ritenuto che:

- una interpretazione che escluda la sopravvenienza della perdita dei requisiti ex art. 80 in fase di gara introdurrebbe una disparità di trattamento tra varie ipotesi di sopravvenienze non ragionevolmente supportata;
- si verificherebbe un caso di concreta incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione da parte di imprese "incolpevoli", riguardando il fatto impeditivo sopravvenuto una sola di esse, così finendo per costituire una fattispecie di "responsabilità oggettiva", ovvero una inedita, discutibile (e sicuramente non voluta dal legislatore) speciale fattispecie **di culpa in eligendo**;
- una interpretazione restrittiva della sopravvenuta perdita dei requisiti ex art. 80, a maggior ragione perché non sorretta da alcuna giustificazione non solo ragionevole, ma neppure

percepibile, finisce per porsi in contrasto sia con il principio di eguaglianza, sia con il principio di libertà economica e di par condicio delle imprese nei confronti delle pubbliche amministrazioni (come concretamente declinati anche dall'art. 1 della l. n. 241/1990 e dall'art. 4 del codice dei contratti pubblici).

- nessuna delle ragioni che sorreggono il principio di immodificabilità della composizione del raggruppamento varrebbe a spiegare in maniera convincente il divieto di modifica per la perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 in sede di gara: non la necessità che la stazione appaltante si trovi ad aggiudicare la gara e a stipulare il contratto con un soggetto del quale non abbia potuto verificare i requisiti, in quanto, una volta esclusa dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 10 del 2021 la c.d. sostituzione per addizione, tale evenienza non potrà giammai verificarsi quale che sia la vicenda sopravvenuta per la quale sia venuto meno uno dei componenti del raggruppamento; né la tutela della par condicio dei partecipanti alla procedura di gara, che è violato solo se all'uno è consentito quel che all'altro è negato.

Il mutamento della compagine associativa sia in corso di partecipazione.

Il comma 7 bis dell'art. 48 prevede che per i soggetti di cui all'art. 45 comma 2, lett. b) e c) è consentito designare un'impresa esecutrice **diversa** da quella indicata in sede di gara, anche per fatti o atti sopravvenuti diversi da quelli previsti specificamente dai commi 17, 18 e 19, a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorzziata. Relativamente alla possibilità di estromettere determinate imprese in corso di esecuzione ovvero in corso di gara, si sottolinea che i commi 17, 18 e 19 **trovano applicazione** anche relativamente ai consorzi stabili e ai consorzi di società cooperative di produzione e lavoro e di imprese artigiane, come risulta dal comma 19 bis dell'art. 48.

La ratio del principio dell'immodificabilità soggettiva dei raggruppamenti e dei consorzi ordinari riposa nell'esigenza di assicurare all'amministrazione aggiudicatrice una conoscenza piena dei requisiti di idoneità morale, tecnico – organizzativa ed economico – finanziaria dei concorrenti, al fine di scongiurare il rischio che questa verifica venga vanificata o elusa con

modificazioni soggettive in corso di gara o di esecuzione del contratto, delle imprese candidate.

Proprio in considerazione delle ragioni anzidette, il metodo di indagine seguito dal Consiglio di Stato ha dato conto anche dell'evoluzione della giurisprudenza in tema di consorzi ordinari, con riferimento al limite del divieto di modifica della composizione del consorzio (ordinario), in fattispecie in cui il consorzio è stato escluso da una procedura di gara per carenza dei requisiti di partecipazione in capo ad una delle consorziate indicate, per l'esecuzione dell'appalto in caso di aggiudicazione.

In particolare, in passato è stato ritenuto che:

- a) è precluso al consorzio la sostituzione del soggetto indicato come esecutore dell'appalto; ammettere la sostituzione successiva della consorziata, in caso di esito negativo della verifica sul possesso dei requisiti generali, significherebbe eludere le finalità sottese alle prescrizioni di gara che richiedono l'indicazione delle consorziate che eseguiranno il servizio e la loro dichiarazione sul possesso dei requisiti generali di partecipazione;
- b) è consentita la modifica "in riduzione", vale a dire l'eliminazione, senza sostituzione, di una delle consorziate, con conseguente esecuzione dell'appalto integralmente dalle altre, a condizione che la modifica della compagine in senso riduttivo avvenga per esigenze organizzative proprie del consorzio e non, invece, per eludere la legge di gara, e, in particolare, per evitare la sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo alla consorziata, che viene meno attraverso l'operazione riduttiva (Adunanza Plenaria 4 maggio 2012, n. 8).

Successivamente la giurisprudenza ha chiarito che la sostituzione della consorziata esecutrice è sempre possibile, in ragione del rapporto organico tra consorziata e consorzio, ma la modifica in riduzione sarebbe consentita alle condizioni "che quelle che restano a farne parte siano comunque titolari, da sole, dei requisiti di partecipazione e di qualificazione" (Cons. Stato, n. 2537 del 2018; Sez. V, n. 3507 del 2017), dal momento che la modifica in riduzione della compagine soggettiva di un operatore partecipante alla procedura in forma plurisoggettiva presuppone, pur sempre, il possesso dei requisiti

di partecipazione alla procedura di gara alla data di presentazione della domanda.

Diversamente, l'esclusione dell'operatore è, comunque, dovuta per il principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione per il quale essi devono essere mantenuti senza soluzione di continuità alla data di presentazione della domanda e quella di aggiudicazione, e per tutta la fase di esecuzione in caso di aggiudicazione del contratto (Cons. Stato, n. 2397/2020).

Per tale ragione, il problema dell'accertamento della finalità elusiva dell'esclusione - ovvero se essa risponda ad effettive ragioni organizzative o sia stata effettuata per evitare l'esclusione dalla procedura - può porsi nel caso in cui il soggetto estromesso, consorziata o impresa raggruppata, **abbia perduto, medio tempore i requisiti di partecipazione, non certo qualora non li abbia mai avuti**, perché, in tal caso, era preclusa sin dall'inizio la sua partecipazione alla procedura di gara, e la riduzione è vicenda successiva della compagine partecipante che risulta del tutto irrilevante per la stazione appaltante.

Da qui la propensione, secondo il Collegio, da parte della giurisprudenza di allargare le maglie in tema di partecipazione, perché, nell'ambito della disciplina dei raggruppamenti e consorzi ordinari, si è visto che l'art. 47, comma 9 del Codice dispensa dall'immodificabilità della compagine soggettiva dei partecipanti al ricorrere delle sole ipotesi indicate ai commi 17 e 18 del medesimo articolo, che riportano le peculiari fattispecie di sostituzione del mandante o del mandatario nei casi di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione del mandatario ovvero, qualora di tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo, ovvero in caso di perdita dei requisiti di cui all'art. 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia.

Relativamente ai consorzi stabili, il comma 7 bis dell'art. 48, ad essi espressamente riferito consente, come si diceva, per le stesse ragioni di cui ai commi 17 e 18 (quindi anche perdita dei requisiti ex art. 80), di *"designare ai fini dell'esecuzione dei lavori o dei servizi, un'impresa*

consorziata diversa da quella indicata in sede di gara a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere in tal sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata".

La disposizione va letta in combinato disposto con il comma 19 ter (modifiche soggettive in fase di gara).

Di conseguenza, secondo il Consiglio di Stato, la piana lettura degli articoli è, quindi, in linea con la tesi argomentativa favorevole all'applicabilità dei principi affermati dall'Adunanza Plenaria n. 2 del 2022 e non può essere ammessa nessuna interpretazione restrittiva, in quanto tale impostazione finirebbe per dare sostanza ad una evidente contraddizione tra situazioni che, al contrario, devono essere analogamente disciplinate, nel senso che per i consorzi stabili sarebbe consentita la sostituzione in fase di gara della mandataria o della mandante e non dell'impresa designata, ancorché tale ultima evenienza potrebbe essere considerata un evento meno significativo nella modifica soggettiva dell'operatore economico.

Invece, le disposizioni richiamate devono essere interpretate nel senso di ammettere anche la sostituzione dell'impresa designata non solo in fase di esecuzione, ma anche in fase di gara.

Diversamente opinando, si determinerebbe l'effetto irragionevole di creare disparità di trattamento tra varie ipotesi di sopravvenienze, riferite ad istituti sotto tale profilo sostanzialmente assimilabili (consorzi stabili, consorzi ordinari e raggruppamenti di imprese), pur se con evidenti differenziazioni.

Resta implicito che **in nessun caso la modifica soggettiva possa consentire il subentro di un soggetto privo dei requisiti di partecipazione e di qualificazione.**

5. Conclusioni

Il Consiglio di Stato ha, in conclusione, ritenuto che, nel caso di specie, era consentita in sede di gara l'estromissione dell'impresa divenuta priva dei requisiti ex art. 80 del Codice, e conseguentemente possibile la sostituzione della consorziata designata

con altra impresa in possesso dei requisiti di partecipazione e di quelli di qualificazione per l'esecuzione dei lavori, indicati dalla *lex specialis*.

E ciò sulla scorta della considerazione che il dettato normativo non consente un diverso indirizzo, anche in ragione degli arresti della giurisprudenza amministrativa in tema di requisiti di partecipazione alla gara dei consorzi stabili.

Nella soluzione interpretativa prescelta ciò che appare essere stato dirimente è quanto precisato sulla soggettività individuale del consorzio stabile, dotato di autonoma personalità giuridica, espressione di una realtà imprenditoriale distinta rispetto a quella dei singoli consorziati, con dimensione organizzativa propria e con autonoma struttura a rilevanza esterna, la quale non osta, anzi suggerisce la regolamentazione della vicenda secondo i criteri individuati dall'Adunanza Plenaria. Tanto durante lo svolgimento della procedura di gara, quanto durante l'esecuzione del contratto, l'unica controparte della stazione appaltante è **il consorzio stabile** nel suo complesso nell'ambito del quale, a differenza degli RTI, i rapporti con le imprese consorziate e le imprese esecutrici **si risolvono in rapporti interorganici, che non hanno alcuna rilevanza all'esterno nei confronti della stazione appaltante.**

La soluzione interpretativa delineata non confligge con la perdurante validità del principio di necessaria continuità nel possesso dei requisiti, affermato dall'Adunanza Plenaria con sentenza n. 8/2015, né con il più generale principio di immutabilità soggettiva del concorrente. Anzi tale soluzione è idonea a soddisfare sia il principio del *favor participationis*, sia quello della certezza dei requisiti che debbono ricorrere affinché un determinato soggetto giuridico possa legittimamente concorrere per l'aggiudicazione di un contratto di lavori, servizi e forniture.

Suddivisione in lotti e applicazione del vincolo di aggiudicazione in caso di imprese collegate

di Riccardo Gai

IL
PUN
TO

1. La suddivisione in lotti quale regola generale (ma derogabile) ed il divieto di collegamento tra imprese

L'art. 51 del d.lgs. n. 50/2016 prevede che al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali o prestazionali, in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture, esprimendo un principio di carattere tendenzialmente doveroso. Tuttavia, la stessa norma vieta alle stesse stazioni appaltanti di suddividere in lotti al solo fine di eludere l'applicazione delle disposizioni del Codice, nonché di aggiudicare tramite l'aggregazione artificiosa degli appalti.

L'opzione di suddividere gli appalti in lotti è rimessa alla discrezionalità delle stazioni appaltanti, le quali sono tenute a operare una corretta ponderazione degli interventi e a valutare se le singole parti di un appalto, singolarmente considerate, possiedano una certa autonomia funzionale, in rapporto alla realizzazione dell'opera

Ai fini della suddivisione la stazione appaltante dovrà in primo luogo calcolare il valore del lotto, individuando se lo stesso sia idoneo a garantire alle piccole e medie imprese l'effettiva possibilità

di partecipare alla gara, fermo rimanendo il divieto alle stazioni appaltanti della suddivisione in lotti con il solo fine di eludere l'applicazione delle disposizioni del Codice.

Anche quando l'intento sia quello di promuovere lo sviluppo delle microimprese e delle piccole e medie imprese, infatti, il frazionamento della gara d'appalto non potrà essere utilizzato al fine di aggirare le procedure del Codice Appalti, operando il frazionamento artificioso di un appalto unitario, al mero scopo di eludere la soglia comunitaria e di aggiudicare con procedure meno competitive.

Il principio della suddivisione in lotti è il portato dell'art. 30 del d.lgs. 50/2016, il quale prescrive (al comma 1) che l'affidamento e l'esecuzione delle pubbliche commesse debba garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, altresì specificando che le stazioni appaltanti operano nel rispetto dei principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità, principi tutti ispirati alla tutela delle imprese concorrenti e del corretto funzionamento del mercato, infine puntualizzando (al comma 7) che «*i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e medie imprese*».

Pertanto, come rilevato anche dai giudici amministrativi, la scelta di suddividere in lotti un appalto costituisce una decisione fondata su valutazioni di carattere tecnico-economico, nel rispetto dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza (Cds, VI, 2 gennaio 2020 n. 25).

È stato, infatti, in proposito osservato che la discrezionalità amministrativa posta alla base della scelta dell'amministrazione di suddividere in lotti una pubblica commessa debba essere funzionalmente coerente con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto. In ogni caso, si tratta di scelta di carattere tecnico-economico, che resta sempre delimitata, oltre che dalle specifiche norme del Codice, anche dai principi di proporzionalità e di ragionevolezza, oltre che dall'obbligo di motivazione, proprio in quanto l'obbligo di ripartizione in lotti deve comunque rispondere alla tutela della concorrenza. Secondo una nota pronuncia (Cds, V, 3 aprile 2018, n. 2044), infatti, «è pur vero che l'art. 51 d.lgs. n. 50-2016 ha mantenuto il principio della suddivisione in lotti, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese alle gare pubbliche, già previsto dall'art. 2, comma 1-bis, d.lgs. n. 163-2006; tuttavia, nel nuovo regime, il principio non risulta posto in termini assoluti ed inderogabili, giacché il medesimo art. 51, comma 1, secondo periodo afferma che "le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito o nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139"».

Come rilevato dai giudici amministrativi, la scelta di suddividere in lotti un appalto costituisce una decisione fondata su valutazioni di carattere tecnico-economico, nel rispetto dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza (Cds, VI, 2 gennaio 2020 n. 25). È stato, infatti, in proposito osservato che la discrezionalità amministrativa posta alla base della scelta dell'amministrazione di suddividere in lotti una pubblica commessa debba essere funzionalmente coerente con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto. In ogni caso, si tratta di scelta di carattere tecnico-economico, che resta sempre delimitata, oltre che dalle specifiche norme del Codice Appalti, anche dai principi di proporzionalità e di ragionevolezza, oltre che dall'obbligo di motivazione, proprio in quanto l'obbligo di ripartizione in lotti deve comunque rispondere alla tutela della concorrenza

Il Codice Appalti considera, dunque, quale ipotesi ordinaria e regolare la suddivisione in lotti funzionali o prestazionali di un appalto e condiziona la deroga all'ordinaria suddivisione in lotti alla formulazione di una specifica motivazione.

Lo stesso art. 51 sopra citato prevede inoltre che <<Le stazioni appaltanti possono, anche ove esista la facoltà di presentare offerte per alcuni o per tutti i lotti, limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente, a condizione che il numero massimo di lotti per offerente sia indicato nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, a presentare offerte o a negoziare>>.

Si tratta pertanto di una regola facoltativa e "proconcorrenziale", rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, per cui le singole imprese possono rispettivamente partecipare o aggiudicarsi un numero limitato dei lotti in cui la gara è suddivisa. La citata norma, inevitabilmente, deve essere letta alla luce di quanto dispone l'art. 80, comma 5, lett. m), del Codice, il quale prescrive alla stazione appaltante di escludere l'operatore economico che si trova, rispetto ad un altro partecipante alla "medesima procedura di affidamento", in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le "offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale".

Mentre la regola dell'art. 51 cit. ha portata generale ed è retta dal principio del *favor participationis*, quella dell'art. 80, comma 5, lett.

m), cit. ha portata eccezionale ed è retta dal principio della tutela del buon andamento che, specularmente, costituisce limite intrinseco allo stesso principio dell'ampliamento della platea dei concorrenti, sicché entrambi i precetti devono essere interpretati rispettando i canoni ermeneutici (estensivi e restrittivi) coerenti con la propria natura e *ratio*.

Come vedremo, infatti, la difficoltà interpretativa delle citate norme ha dato luogo a notevoli oscillazioni giurisprudenziali, fra chi ha ritenuto che il divieto di collegamento sostanziale tra imprese operi solo nell'ambito del singolo lotto – da intendersi perciò quale procedura di affidamento a sé stante – e chi, d'altro canto, ha ritenuto che tale divieto operi anche riguardo a lotti distinti, a maggior ragione se tra loro legati da un vincolo di aggiudicazione.

2. Vincolo di aggiudicazione e discrezionalità amministrativa

Abbiamo visto come la finalità perseguita dall'art. 51 del Codice sia quella, attraverso la suddivisione in lotti ed una eventuale limitazione degli affidamenti nell'ambito dello stesso appalto, di consentire alle piccole e medie imprese maggiori opportunità di accedere alle gare d'appalto.

Si pone tuttavia un problema quando più imprese - distinte ma collegate e quindi riferibili ad un unico centro decisionale - presentino offerte concordate in più lotti, pur se effettivamente le offerte siano formalmente imputabili a distinti operatori economici.

Sul punto, vi è stata un'ampia proliferazione giurisprudenziale che ha finito per non fornire una risposta chiara e definitiva, se non quella di rimettere ogni opportuna valutazione alla discrezionalità della stazione appaltante.

Infatti, pur se in linea generale un bando di gara pubblica, suddiviso in lotti, costituisce un atto ad oggetto plurimo e determina l'indizione non di un'unica gara, ma di tante gare, per ognuna delle quali vi è un'autonoma procedura che si conclude con un'aggiudicazione, è altrettanto vero che secondo parte della giurisprudenza <<l'unitarietà della gara nonostante la suddivisione in lotti [...] emerge da tutta una serie di elementi 'unificanti'

[...] e, cioè, più in particolare, dalla unicità della commissione esaminatrice, dall'identità per tutti i lotti dei requisiti richiesti dal bando e degli elementi di valutazione dell'offerta tecnica [...]; dalla possibilità di produrre un'unica offerta telematica per più lotti; dall'identità [...] delle modalità di prestazione del servizio e delle prestazioni richieste; dall'integrazione telematica riferita all'esecuzione di tutti gli adempimenti negoziali conseguenti>> (Cds, III, 18.5.2020, n. 3135; Cds, III, 6.5.2020, n. 2865).

Al contrario, altre pronunce sono intervenute nuovamente sul tema dell'applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. m), del Codice nell'ipotesi in cui le offerte presentate dalle imprese si riferiscano a lotti diversi, puntualizzando che <<[...] l'affidamento di più contratti diversi fra loro non incide sulla natura della gara stessa che non ha carattere unitario, poiché a ciascun lotto corrisponde una gara finalizzata all'aggiudicazione di un distinto contratto. La possibilità di aggiudicare autonomamente i singoli lotti è dunque incompatibile con la configurazione di una gara unitaria poiché le singole procedure di aggiudicazione sono dirette a tanti contratti di appalto quanti sono i lotti: se ciascun lotto può essere aggiudicato a concorrenti diversi, non ci si trova di fronte ad un appalto unitario e se non vi è appalto unitario non vi può essere unicità della gara>>, affermando che <<non è nemmeno necessario occuparsi degli elementi ritenuti dal primo giudice probanti della asserita unitarietà della gara. E' sufficiente osservare che l'autonomia delle offerte e quindi delle graduatorie di ciascuno dei cinque lotti territoriali in cui la procedura è stata suddivisa comporta il carattere non unitario della gara ai fini dell'applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. m), del d.lgs. n. 50 del 2016>> (Cds, V, 18 marzo 2021 n. 2350).

Si è poi nuovamente statuito che <<la logica che ispira l'art. 80, comma 5 lett. m) – che considera l'imputabilità a qualsiasi titolo, di diritto o di fatto, "ad un unico centro decisionale", delle offerte proposte da distinti operatori economici nel contesto di una "medesima procedura di affidamento" quale motivo di esclusione – è quella di dequotare il profilo formale della pluralità soggettiva, per far valere la sostanziale unitarietà della proposta negoziale: la cui automatica inammissibilità discende recta via dal principio di unicità dell'offerta (art. 32, comma 4, prima parte d. lgs. n. 50/2016).

Nel caso di appalto suddiviso in lotti tale preclusione, come si è precisato, non opera, trattandosi di procedura unitaria per affidamenti formalmente distinti, cioè di una gara plurima: sicché è naturalmente ammessa la presentazione di un'offerta da parte di operatori economici anche riconducibili ad un unico centro decisionale, purché – come è chiaro – non riferita al medesimo lotto (nel qual caso opererebbe l'art. 80, comma 5 lett. m), ma a lotti distinti (e ciò, beninteso, sempreché la stazione appaltante, nell'esercizio della propria discrezionalità, non abbia ritenuto di precludere, anche qui per ragioni di programmatica segmentazione distributiva, tale facoltà: arg. ex art. 51, comma 2)>> (Cds, V, 27 settembre 2021, n. 6481).

Pare dunque evidente che l'indirizzo giurisprudenziale prevalente che il Consiglio di Stato continua a seguire è quello di ritenere non applicabile l'art. 80, comma 5, lett. m), del codice dei contratti pubblici nell'ipotesi in cui le offerte presentate dai partecipanti ad una procedura di gara si riferiscano a lotti diversi.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto di seguire un'interpretazione restrittiva dell'art. 80, comma 5, lett. m), cit., ritenendola <<coerente con la natura e la ratio della norma in esame (che è eccezione alla regola generale dell'ampliamento della platea dei partecipanti alla gara); e, nel contempo, nel ritenere che una gara con più lotti non costituisce una "medesima procedura di affidamento", ma distinte procedure di affidamento quanti sono i lotti da affidare. L'art. 80 comma 5 lett. m) deve, infatti, trovare applicazione nel solo caso di partecipazione di imprese collegate, controllate o riconducibili al medesimo centro decisionale

"alla medesima procedura di affidamento" e, quindi, al medesimo lotto>> (Cds, V, n. 8726 del 12.10.2022).

Ha dunque proseguito il massimo consesso amministrativo affermando che <<Tale opzione ermeneutica è conforme alla ratio della previsione normativa, ossia quella di garantire la serietà delle offerte provenienti da distinti operatori economici che decidono di partecipare al medesimo lotto in contesa, a tutela della libertà ed effettività del confronto concorrenziale. Diversamente il libero gioco della concorrenza, in cui si esprime la vera essenza della competizione, ne risulterebbe falsato e sterilizzato già al momento della formulazione dell'offerta stessa>> (idem). Peso decisivo, nella sentenza citata, viene attribuito al potere discrezionale del committente per cui <<Nel caso di specie, la stazione appaltante ha modulato, nell'esercizio della sua discrezionalità, i vincoli di partecipazione previsti, mitigandoli per le imprese collegate o che versino in situazioni di cui all'art. 80 comma 5 lett. m), in quanto ha non irragionevolmente ritenuto che in caso di partecipazione a lotti distinti (id est: a distinti affidamenti) la conoscenza reciproca delle offerte non sia idonea a compromettere la leale competizione>>.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto di seguire un'interpretazione restrittiva dell'art. 80, comma 5, lett. m), cit., ritenendola <<coerente con la natura e la ratio della norma in esame (che è eccezione alla regola generale dell'ampliamento della platea dei partecipanti alla gara); e, nel contempo, nel ritenere che una gara con più lotti non costituisce una "medesima procedura di affidamento", ma distinte procedure di affidamento quanti sono i lotti da affidare. L'art. 80 comma 5 lett. m) deve, infatti, trovare applicazione nel solo caso di partecipazione di imprese collegate, controllate o riconducibili al medesimo centro decisionale "alla medesima procedura di affidamento" e, quindi, al medesimo lotto>> (Cds, V, n. 8726 del 12.10.2022).



Quale logico corollario, sulla base di quest'ultima giurisprudenza, ne discende che nel caso di appalto suddiviso in lotti la preclusione del collegamento sostanziale tra imprese non possa essere operativa. Ma l'obiezione nasce spontanea: per logica e coerenza, infatti, nel caso in cui sia limitato "il numero di lotti che possono essere aggiudicati ad un solo offerente" (art. 51, comma 3), l'offerta

imputabile ad un unico centro decisionale dovrebbe essere parimenti considerata unica, in quanto imputabile ad un solo offerente sostanziale, nel senso che così come una formale pluralità di offerte, in realtà unitariamente elaborate, mira ad aggirare il divieto - immediatamente operante nella fase di ammissione - di offerta plurima, alla stessa stregua una formale proposta di aggiudicazione di un singolo lotto, concordata con altri operatori in virtù di una unitaria determinazione, mira ad aggirare il divieto di aggiudicazione plurima.

La giurisprudenza che vedremo al paragrafo che segue ha tentato di dare una risposta a queste perplessità, pervenendo tuttavia a conclusioni non dissimili da quelle cui è pervenuta la V Sezione del Consiglio di Stato nel poc'anzi citato precedente.

3. Il recente orientamento della Terza Sezione del Consiglio di Stato (n. 9003 del 21 ottobre 2022)

Sull'estensione o meno del vincolo di aggiudicazione dalla singola impresa al gruppo di imprese o comunque ad imprese legate da un collegamento societario o riferibili ad un unico centro decisionale, è recentemente intervenuta anche la Terza Sezione del Consiglio di Stato, nel tentativo di fare chiarezza.

Innanzitutto il Consiglio di Stato ha tenuto a sgombrare il campo da quello che ha ritenuto essere un "falso problema", ossia la presunta sussistenza di posizioni realmente divergenti (sui termini generali della questione: e fatta salva, ovviamente, la peculiarità delle singole fattispecie), non ritenendo vi sia materia di rimessione all'Adunanza Plenaria.

In merito al divieto di aggiudicazione plurima di cui al citato art. 51, terzo comma, del codice dei Contratti, i Giudici di Palazzo Spada hanno rilevato che la finalità di tale disposizione si rinviene nel Considerando 79 della Direttiva 2014/24/UE, che facoltizza le stazioni appaltanti a limitare il numero dei lotti aggiudicabili al medesimo operatore economico "allo scopo di salvaguardare la concorrenza o per garantire l'affidabilità dell'approvvigionamento".

Tale indicazione, e la disposizione di diritto interno che ne costituisce attuazione,

<<disvelano pertanto plasticamente il duplice profilo causale dei contratti di appalto pubblici: quello c.d. "contabilistico", funzionale alle (sole) esigenze di approvvigionamento di beni e servizi dell'amministrazione; e quello c.d. "proconcorrenziale", efficacemente descritto dalla dottrina con come volto a creare artificialmente le condizioni di concorrenza (peraltro non solo in un'ottica macroeconomica, ma anche allo scopo di favorire l'interesse del contraente pubblico) laddove esse non si sarebbero naturalmente esplicitate>> (Cds, III, n. 9003 del 21.10.2022).

Si vuol dire che la disciplina del vincolo di aggiudicazione va interpretata (anche) avuto riguardo al fatto che tale istituto non è isolato, ma è parte del più complesso regime della suddivisione in lotti, che ne costituisce il fondamento sistematico. Sulla base di tali premesse, abbiamo visto come la giurisprudenza del Consiglio di Stato è orientata a ritenere che il vincolo di aggiudicazione si applichi non soltanto alla singola impresa, ma "ad un unico centro decisionale" (v. Cds, V, n. 6481/2021).

La scelta del legislatore italiano, per nulla eccentrica rispetto alle previsioni della direttiva 2014/24/UE, è dunque nel senso di fornire alle stazioni appaltanti un ulteriore strumento facoltativo, ossia il vincolo di aggiudicazione nelle gare ad oggetto plurimo, che si aggiunge al tendenziale *favor* (se non all'obbligo, secondo la letterale previsione del primo comma dell'art. 51) per la suddivisione degli appalti in lotti, per realizzare l'obiettivo della massima partecipazione e della distribuzione delle commesse pubbliche.

Non è dunque anomalo che le determinazioni sull'*an* e sul *quomodo* dell'uso di tale strumento siano state rimesse alla discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici, dipendendo tale scelta dalle caratteristiche del singolo appalto che solo la stazione appaltante è in grado di conoscere e valutare.

Sotto quest'ultimo aspetto, <<non vi è infatti alcun elemento per affermare che, fra le due possibili finalità del vincolo di aggiudicazione, quella proconcorrenziale sia secondaria o solo eventuale, con la conseguenza di esigere uno specifico onere motivazionale nella legge di gara. Al contrario, siffatto onere sembrerebbe sussistere nella diversa ipotesi, in cui la stazione appaltante si ponga solo il problema di evitare

una concentrazione di impegni negoziali a carico della stessa organizzazione aziendale e pertanto ritenga (precisandolo espressamente) di rendere inoperativo il vincolo di destinazione nei confronti di imprese formalmente diverse ma in situazione di collegamento>> (v. ancora Cds, III, n. 9003 del 21.10.2022).

Non bisogna tuttavia sovrapporre, ad avviso del Consiglio di Stato, le esigenze "antitrust" (che pongono problemi diversi, relativi all'individuazione del mercato di riferimento e di un obiettivo pregiudizio al suo corretto funzionamento) alle ben più semplici esigenze "proconcorrenziali" che ispirano la disciplina della suddivisione in lotti, le quali sono coerenti con il favor verso la massima partecipazione alle procedure selettive di piccole e medie imprese che innerva l'intera normativa sull'affidamento dei contratti pubblici.

È questa la ragione per cui <<in presenza di una clausola prevedente un vincolo di aggiudicazione si presume che la stessa risponda (anche) alla ratio di impedire l'accaparramento delle connesse da parte di un unico soggetto, dovendo semmai essere motivata la diversa ipotesi in cui tale finalità non vi sia>>; muovendo dall'esatto inquadramento dei tratti normativi dell'istituto, infatti, <<la possibilità della sua applicazione alle imprese collegate è nel sistema, sicché la prevedibilità delle conseguenze delle scelte imprenditoriali è già assicurata sul piano normativo, senza necessità di una specificazione volta per volta in sede di legge di gara (che anzi aumenterebbe il tasso di complicazione del sistema)>> (v. ancora Cds, III, n. 9003 del 21.10.2022).

In presenza di una clausola prevedente un vincolo di aggiudicazione si presume che la stessa risponda (anche) alla ratio di impedire l'accaparramento delle connesse da parte di un unico soggetto, dovendo semmai essere motivata la diversa ipotesi in cui tale finalità non vi sia; muovendo dall'esatto inquadramento dei tratti normativi dell'istituto, infatti, <<la possibilità della sua applicazione alle imprese collegate è nel sistema, sicché la prevedibilità delle conseguenze delle scelte imprenditoriali è già assicurata sul piano normativo, senza necessità di una specificazione volta per volta in sede di legge di gara (che anzi aumenterebbe il tasso di complicazione del sistema)>> (v. ancora Cds, III, n. 9003 del 21.10.2022).



Ciò che connota dunque la fattispecie analizzata nella sentenza in commento non è solo l'unicità del centro decisionale, ma la concreta traduzione di tale dato soggettivo nel dato oggettivo della sostanziale unicità dell'offerta prestazionale: che è proprio una delle due eventualità che il vincolo di aggiudicazione intende evitare: accanto a quella di concentrazione delle commesse.

Si tratta, pertanto, di una situazione che soddisfa i requisiti richiesti dalla prevalente giurisprudenza per cui <<la situazione elusiva del vincolo di aggiudicazione, quando le imprese facciano parte di un gruppo (avente per definizione l'obiettivo di accrescimento del fatturato consolidato) od, a maggior ragione, siano tra loro in una situazione di controllo o di collegamento ex art. 2359 cod. civ., non può consistere nella sola comune partecipazione alle gare pubbliche del settore di riferimento concorrendo per lotti distinti, al fine di aggiudicarsi più di un lotto, trattandosi di un obiettivo insito nella logica economica del gruppo societario. Piuttosto, è necessario che si configuri una sorta di fenomeno simulatorio di gruppo societario, con intermediazione di società (apparentemente) controllate ma di fatto coincidenti con la controllante, di modo che gli affidamenti aggiudicati alle prime finiscano per essere in concreto attribuiti a quest'ultima, violando la ratio distributiva della norma e

della previsione del bando di gara. Si tratta di una verifica che supera gli elementi richiesti per legge per il riconoscimento della soggettività giuridica, presupponendo che soggetti di diritto privato formalmente distinti possano essere unitariamente considerati ai fini dell'affidamento selettivo, non solo nel caso paradigmatico in cui il gruppo

societario sia stato (fittiziamente) costituito al fine di aggirare il divieto dell'aggiudicazione di più lotti nella singola gara, ma anche quando vi siano indici presuntivi di un accordo fra le varie società del gruppo, diretto a creare un'impresa unica, con direzione unitaria e patrimoni destinati al conseguimento di una finalità comune. In tale situazione, il collegamento economico-funzionale tra imprese del medesimo gruppo dà luogo ad un unico centro di imputazione delle offerte per lotti distinti, in ragione dell'unicità della struttura organizzativa e produttiva, superando il profilo formale della pluralità soggettiva degli operatori economici e valorizzandone la sostanziale unitarietà della partecipazione alla gara>> (Cds, V, n. 8245/2021).

L'esame della specifica dimensione fattuale della vicenda esaminata dimostra, infine, che la dialettica fra causa "contabilistica" e causa "proconcorrenziale" dei contratti pubblici, non necessariamente si pone in termini di reciproca incompatibilità: la concorrenza effettiva essendo (nella dimensione pubblicistica di matrice comunitaria) strumento di efficienza del mercato e, quindi, garanzia di una prestazione negoziale anch'essa efficiente ed efficace (il fenomeno simulatorio soggettivo essendo invece, di per sé, un elemento tale da frustrare non soltanto la tutela della concorrenza per il mercato ma anche, quanto meno in astratto, l'affidamento riposto dal committente sulle reali caratteristiche imprenditoriali dello specifico soggetto tenuto a rendere la prestazione: e, dunque, in ultima analisi sulla prestazione medesima).

I pur apprezzabili sforzi ermeneutici compiuti dai giudici amministrativi non hanno consentito di avere un quadro chiaro e definito dell'operatività del vincolo di aggiudicazione, essendo tutto più o meno rimesso alla discrezionalità della stazione appaltante. Il che, se da un lato conferisce elasticità organizzativa all'amministrazione aggiudicatrice, la quale può tarare i relativi divieti di partecipazione/aggiudicazione secondo le proprie reali esigenze, dall'altro pone i concorrenti in una situazione di incertezza legata peraltro, come abbiamo visto, alla ritenuta non necessità di motivare la scelta della previsione del vincolo di aggiudicazione.



4. Prospettive

In sostanza, i pur apprezzabili sforzi ermeneutici compiuti dai giudici amministrativi non hanno consentito di avere un quadro chiaro e definito dell'operatività del vincolo di aggiudicazione, essendo tutto più o meno rimesso alla discrezionalità della stazione appaltante.

Il che, se da un lato conferisce elasticità organizzativa all'amministrazione aggiudicatrice, la quale può tarare i relativi divieti di partecipazione/aggiudicazione secondo le proprie reali esigenze, dall'altro pone i concorrenti in una situazione di incertezza legata peraltro, come abbiamo visto, alla ritenuta non necessità di motivare la scelta della previsione del vincolo di aggiudicazione.

Un passo in avanti verso una definizione più chiara del vincolo di aggiudicazione sembra fare la bozza del "nuovo" Codice degli appalti, ancora in fase di consultazione, che all'art. 58, co. 4, prescrive che <<La stazione appaltante può limitare il numero massimo di lotti per i quali è consentita l'aggiudicazione al medesimo concorrente per ragioni connesse alle caratteristiche della gara e all'efficienza della prestazione, oppure per ragioni inerenti al relativo mercato, anche a più concorrenti che versino in situazioni di controllo o collegamento ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile. Al ricorrere delle medesime condizioni e ove necessario in ragione dell'elevato numero atteso di concorrenti, può essere limitato anche il numero di lotti per i quali è possibile

partecipare. In ogni caso il bando o l'atto indittivo contengono l'indicazione della ragione specifica della scelta, e prevedono il criterio non discriminatorio di selezione del lotto o dei lotti da

aggiudicare al concorrente utilmente collocato per un numero eccedente tale limite>>.

Se, da un lato, non viene minimamente scalfita (anzi, viene confermata e forse rafforzata) la discrezionalità della stazione appaltante in tale ambito, dall'altro vi è l'espresso riferimento al divieto di partecipazione ad imprese che si trovino in situazione di controllo/collegamento ex art. 2359 c.c., nonché la richiesta di una motivazione espressa rispetto alla scelta di porre uno o più vincoli di partecipazione/aggiudicazione.

Ovviamente, occorrerà attendere la definitiva approvazione del nuovo Codice per avere il quadro definitivo, ma pare già evidente che, anche con la nuova disciplina, non mancherà di accendersi un vivace dibattito giurisprudenziale sull'operatività del vincolo di aggiudicazione anche ad imprese tra loro collegate in presenza di gare suddivise in lotti, soprattutto alla luce dell'ampio potere attribuito alle stazioni appaltanti dal legislatore in soggetta materia.

Concessioni: l'ANAC sul caro materiali

di Paola Cartolano

IL
PUN
TO

Premesse

È ormai nota la situazione di grave crisi che interessa il mondo delle costruzioni le cui imprese lamentano l'aumento eccezionale dei prezzi di alcune materie prime, dovuti anche all'aumento del costo dell'energia, quale diretta conseguenza degli effetti generati dalla pandemia da Covid-19, aggravati dal conflitto in corso in Ucraina.

Al fine di trovare una soluzione "tampone" alle difficoltà derivanti dagli aumenti eccezionali dei prezzi di alcuni materiali da costruzione verificatisi già nel corso dell'anno 2021, con riferimento ai contratti pubblici il Governo ha previsto tra l'altro dei meccanismi di compensazione straordinaria, applicabili in deroga alla normativa di settore.

In particolare, facciamo riferimento – per le finalità del presente contributo – alla disciplina di cui

all'articolo 1-septies del D.L. 25 maggio 2021 n. 73 (c.d. **Decreto Sostegni-Bis**) convertito in legge con la L. 23 luglio 2021 n. 106 il quale ha disposto «per i **contratti** in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto» ovvero **al 25 luglio 2021**, di operare la rilevazione da parte del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili (**MIMS**) delle variazioni percentuali dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi, in aumento o in diminuzione, **superiori all'8%**, verificatesi nel **primo semestre dell'anno 2021 (e successivamente, nel secondo semestre dell'anno 2021)**¹.

Per tali materiali da costruzione è previsto il riconoscimento di compensazioni, in aumento o in diminuzione, anche in deroga a quanto previsto dai commi 4, 5, 6 e 6-bis dell'articolo 133 del D. Lgs. n. 163/2006 e alla lettera a) dell'articolo 106 comma 1 del D. Lgs. 50/2016.

1. Il meccanismo di compensazione di prezzi sopra descritto è stato esteso al secondo semestre dell'anno 2021 dall'articolo 1, commi 398 e 399 della Legge 30 dicembre 2021, n. 234 (cd. Finanziaria 2022) che ha altresì previsto l'adozione di un nuovo decreto di rilevazione delle variazioni dei prezzi relative a detto secondo semestre entro il 31 marzo 2022 ed incrementato la dotazione del Fondo ministeriale di ulteriori 100 milioni di euro.

Ai fini del riconoscimento della compensazione (secondo le modalità ivi descritte, ovvero a seguito della presentazione di un'istanza alla stazione appaltante per variazioni in aumento o su iniziativa d'ufficio della stessa stazione appaltante per le variazioni in diminuzione), ai sensi del comma 6 dell'articolo 1-*septies* in parola le stazioni appaltanti sono state autorizzate ad utilizzare, nei limiti del 50%, le risorse appositamente accantonate per imprevisti nel quadro economico di ogni intervento, nonché le eventuali ulteriori somme disponibili per lo stesso intervento e stanziare annualmente.

Per le medesime finalità, le stazioni appaltanti possono utilizzare le somme derivanti da ribassi d'asta e quelle ancora disponibili relativamente ad altri interventi ultimati di competenza della medesima stazione appaltante e per i quali siano stati eseguiti i relativi collaudi ed emanati i certificati di regolare esecuzione nel rispetto delle procedure contabili della spesa, nei limiti della residua spesa autorizzata disponibile alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto-legge n. 73/2021. L'articolo 1-*septies*, commi 7 e 8, del Decreto Sostegni-Bis ha previsto inoltre che, qualora i soggetti tenuti all'applicazione del D.Lgs. n. 50/2016 non abbiano sufficienti risorse per procedere con il saldo delle compensazioni determinatesi a seguito della variazione dei prezzi dei materiali negli appalti pubblici, gli stessi possano reperire le relative risorse finanziarie presso un apposito Fondo preso il MIMS.

Data la disciplina dell'art. 1-*septies* richiamato e il relativo ambito oggettivo, genericamente riferito ai "contratti in corso di esecuzione" senza distinzioni o specifiche riferite ad appalti e concessioni, è sorto il dubbio se sia possibile applicare la compensazione prezzi dei materiali da costruzione per una concessione, alla stregua degli appalti di lavori.

Sugli ambiti di applicazione dell'art. 1-*septies* del D.L. n. 73/2021 è intervenuta di recente l'**ANAC con la delibera n. 51 del 12 ottobre 2022**, che andremo ad esaminare nel prossimo paragrafo.

1. La delibera n. 51 del 12 ottobre 2022 dell'ANAC

Il quesito sottoposto all'ANAC e oggetto di parere fa riferimento alla possibilità di procedere con una compensazione ai sensi dell'art. 1-*septies* del DL 73/2021 nell'ambito di una concessione per progettazione, costruzione, manutenzione e gestione dell'ampliamento di un cimitero.

Al fine di fornire il parere richiesto l'ANAC svolge in prima battuta l'analisi della normativa vigente in materia di compensazioni.

In via preliminare l'ANAC richiama l'**art. 106 (Modifica di contratti durante il periodo di efficacia) del D.Lgs. n. 50/2016** ai sensi del quale le stazioni appaltanti possono procedere a modifiche dei rapporti contrattuali in corso, senza procedere all'indizione di una procedura di gara e purché non si tratti di una modifica sostanziale, nei limiti specifici e tassativi indicati dalla norma stessa. In particolare, l'art. 106 comma 1 lettera a) prevede la possibilità di procedere alla revisione dei prezzi, purché la stessa sia stata espressamente prevista sin dai documenti di gara "in clausole chiare, precise e inequivocabili".

L'ANAC prosegue l'*excursus* normativo rilevando che anche l'art. 29 del D.L. n. 4/2022 convertito in legge n. 25/2022, con riferimento alle procedure avviate successivamente alla data di entrata in vigore del decreto stesso, ha previsto fino al 31.12.2023 l'obbligo di inserire nei documenti di gara iniziali clausole di revisione dei prezzi ex art. 106 comma 1 lettera a) del D.Lgs. n. 50/2016.

L'Autorità evidenzia poi che al fine di mitigare gli effetti dell'eccezionale aumento dei prezzi di alcuni materiali da costruzione verificatosi nel corso del 2021 per effetto della pandemia da COVID-19, il legislatore è intervenuto in relazione ai contratti pubblici in corso di esecuzione, con disposizioni derogatorie al citato art. 106, comma 1, lett. a) del D.Lgs. n. 50/2016. In particolare, viene richiamato proprio **l'art. 1-*septies* del D.L. n. 73/2021** il quale – come visto – ha introdotto un meccanismo

Per fronteggiare le difficoltà derivanti dagli aumenti eccezionali dei prezzi di alcuni materiali da costruzione il Governo ha previsto dei meccanismi di compensazione straordinaria, applicabili in deroga alla normativa di settore

di compensazione a favore delle imprese esecutrici di opere pubbliche con riguardo alle variazioni percentuali, in aumento o in diminuzione, superiori all'8%, verificatesi nel primo e nel secondo semestre dell'anno 2021, dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi.

Dalle disposizioni richiamate l'ANAC rileva che per il riconoscimento della compensazione in parola – la cui finalità è prevedere un **"indennizzo"** per l'appaltatore (cfr. pareri MIMS n. 1196/2022 e n. 1244/2022 citati nel parere ANAC - devono sussistere talune condizioni fra le quali:

- deve riguardare i contratti in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore della legge di conversione n. 106/2021;
- l'appaltatore è tenuto a presentare apposita istanza alla stazione appaltante, entro quindici giorni *"dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dei decreti di cui al comma 1"*.

Da tali condizioni **deriva secondo l'ANAC che la compensazione dei prezzi introdotta e disciplinata dall'art. 1-septies del D.L. n. 73/2021 è applicabile ai soli appalti in corso di esecuzione e non alle concessioni**. Ciò in quanto, anche se da un lato la rubrica della disposizione sembra riferita a tutti i "contratti pubblici" secondo la definizione data dal D.Lgs. 50/2016², dall'altro lato la norma stessa ai fini del riconoscimento della compensazione prevede una serie di adempimenti a carico dell'appaltatore (e non anche del concessionario).

A sostegno della sua ricostruzione l'ANAC rileva che ai sensi del comma 2 dell'art. 1-septies del D.L. n. 73/2021 la compensazione è riconosciuta in deroga alle previsioni dell'art. 106, comma 1, lett. a) del D.Lgs. n. 50/2016 (e dall'art. 133 del d.lgs. 163/2006), norma applicabile ai soli appalti pubblici e non anche alle concessioni. Per queste ultime, infatti, la speculare disciplina relative alle modifiche del contratto in corso di esecuzione è contenuta nell'art. 175 del D.Lgs. n. 50/2016.

Non solo: l'ANAC si spinge oltre e rileva che il successivo comma 7 dell'art. 1-septies testualmente

esclude la possibilità di ricorrere al Fondo di cui al comma 8 per i concessionari di cui all'art. 164, comma 5 del D.Lgs. n. 50/2016. Parallelamente viene richiamato l'art. 23, comma 3-bis del D.L. n. 21/2022 convertito con modificazioni dalla L. n. 51/2022 il quale specifica che le disposizioni ivi contenute sono riferite agli appaltatori (quindi ai soli contratti di appalto) e, al tempo stesso, ne estende l'applicabilità anche contraenti generali, senza includere espressamente anche i concessionari.

Elaborata detta interpretazione di carattere letterale dell'art. 1-septies, l'ANAC prosegue con un'analisi degli elementi alla base del rapporto concessorio per arrivare a ritenere che l'istituto della compensazione non può trovare applicazione nell'istituto concessorio.

L'Autorità si sofferma, dunque, sull'elemento qualificante dell'istituto della concessione, ovvero l'allocatione dei rischi e in particolare del **"rischio operativo"** in capo al concessionario e, richiamando un suo precedente (rif. parere AG 4/2021), rileva che *«presupposto per la corretta allocatione dei rischi è l'equilibrio economico-finanziario dell'operazione e benché il contributo pubblico non sia in astratto un elemento essenziale e/o necessario per il raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario di un'operazione di PPP, l'Amministrazione può, ai soli fini del raggiungimento dello stesso equilibrio economico finanziario dell'operazione stabilire, in sede di gara, un prezzo consistente in un contributo in denaro ovvero nella cessione di beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico (art. 165, comma 2, del Codice).*

Dunque il contributo pubblico nell'ambito del rapporto concessorio, secondo le previsioni dell'art. 165 del d.lgs.50/2016 e i chiarimenti dell'Autorità, è funzionale esclusivamente al raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario dell'operazione, ferma restando l'allocatione dei rischi in capo al concessionario (...).».

2. Cfr. Art. 3 comma 1 lettera dd) D.Lgs. n. 50/2016 secondo cui «contratti» o «contratti pubblici» sono «i contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi o di forniture, ovvero l'esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti».

Secondo l'ANAC nel rapporto concessorio i rischi dell'operazione e della realizzazione dell'opera devono rimanere in capo al soggetto privato ed il riconoscimento di un eventuale prezzo nei documenti di gara iniziali è correlato esclusivamente al raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario dell'operazione.

L'ANAC giunge così a ritenere che *«posto che nel rapporto concessorio, i rischi dell'operazione e, quindi, anche della realizzazione delle opere, restano in capo al concessionario e che il riconoscimento del prezzo è correlato esclusivamente all'equilibrio economico-finanziario dell'operazione, l'art. 1-septies del d.l. 73/2021, volto ad assegnare «una sorta di indennizzo che il legislatore ha inteso riconoscere all'appaltatore nel caso intervengano le condizioni indicate dalla norma...» (parere MIMS 1196/2022 cit.), quale misura di sostegno per le imprese, non appare applicabile alle concessioni, alla luce della struttura aleatoria delle medesime nel senso sopra indicato».*

Ad avviso dell'ANAC, dunque, la compensazione prevista dalla norma in parola sarebbe contraria ai principi di allocazione del rischio nelle concessioni.

2. Oltre il dato letterale della norma

A parere di chi scrive, pur condividendo l'interpretazione letterale fornita dall'ANAC dell'attuale norma dell'art. 1-septies del D.L. 73/2021 circa l'inapplicabilità delle compensazioni ivi previste alle concessioni, si ritiene opportuno

evidenziare che per i contratti di concessione non sarebbe illegittimo il riconoscimento di compensazioni per gli eventi eccezionali che hanno colpito il mercato delle costruzioni negli ultimi tempi.

È proprio l'eccezionalità degli aumenti dei materiali da costruzione a cui si riferisce la norma in esame che non rientra nelle "condizioni operative normali" per l'identificazione del "rischio operativo" a carico del concessionario.

In tal senso, l'art. 3 comma 1 lettera zz) del D.Lgs. n. 50/2016³ definisce il **rischio operativo** come *«il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito all'operatore economico nei casi di cui all'articolo 180. Si considera che l'operatore economico nei casi di cui all'articolo 180 assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita all'operatore economico nei casi di cui all'articolo 180 deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile».*

Non è in contestazione come l'aumento eccezionale del prezzo dei materiali da costruzione, data l'imprevedibilità oltre le normali oscillazioni di

L'ANAC ha affermato che la compensazione dei prezzi dei materiali da costruzione ex art. 1-septies D: 73/2021 è applicabile solo ai contratti in corso di esecuzione e non alle concessioni



3. Sul punto, il nostro legislatore ha recepito l'articolo 5 della direttiva 2014/23/UE (cd. direttiva concessioni) ai sensi del quale «L'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile»

mercato stimate dal concessionario per formulare la sua offerta a fronte dei rischi assunti, non possano rientrare nelle "condizioni operative normali".

Ed ancora, mal si comprende la ricostruzione dell'ANAC circa l'impossibilità di prevedere una compensazione per il caro materiali nella concessione in quanto il costo dei materiali rientrerebbe nel **rischio di costruzione** che deve essere allocato sul concessionario. È certamente noto che il prezzo dei materiali è coperto dal rischio di costruzione in capo al privato concessionario, come del resto lo è nell'ambito dell'appalto.

In termini generali, in un contratto di PPP – quale la concessione – al privato viene trasferito, oltre al rischio di costruzione, anche il rischio di disponibilità o, nei casi di attività svolta nei confronti degli utenti a pagamento, il rischio di domanda dei servizi. Il rischio di costruzione trasferito al privato nei contratti di PPP è però dello stesso tipo di quello attribuito al privato nel caso dell'appalto, sebbene ne differiscono gli effetti: nel caso in cui si verifica a carico dell'appaltatore un rischio con effetti su tempi e costi, le uniche leve su cui l'Amministrazione può agire fanno riferimento all'applicazione di penali o il mancato pagamento per quel maggior costo non previsto; al contrario, qualora detto rischio si verifica a carico del concessionario, sullo stesso gravano anche la riduzione del tempo di gestione dell'opera con maggiori difficoltà di recupero dell'investimento e la riduzione della redditività del contratto.

Nell'ambito delle concessioni, per mitigare l'eccezionale aumento dei prezzi dei materiali da costruzione non imputabile al concessionario, il quadro normativo prevede degli strumenti per riconoscere delle "compensazioni"



Con riferimento alla costruzione, quindi, sia l'aumento dei tempi che dei costi deve essere sopportato integralmente dal privato concessionario solo quando derivi da sua responsabilità o, comunque, da fatti allo stesso imputabili. Quando, invece, ciò dipenda da fattori estranei alla sua sfera di responsabilità, il privato ha **diritto al riequilibrio del piano economico-finanziario (PEF)**.

Sul punto si evidenziano gli articoli 165, comma 6 e 182, commi 3 del D.Lgs. n. 50/2016 i quali prevedono il riequilibrio delle concessioni e dei contratti di PPP al «**verificarsi di fatti non riconducibili all'operatore economico che incidono sull'equilibrio del piano economico**

finanziario... La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto».

L'articolo 180 comma 6 specifica, inoltre, che «**L'equilibrio economico finanziario**, come definito dall'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al comma 3», ovvero il rischio

operativo in capo al concessionario⁴.

L'approccio appena esposto trova conforto nel recentissimo parere n. R1 del 15 ottobre 2022⁵ del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (**NARS**) istituito presso il Dipartimento per la Programmazione e il Coordinamento della Politica Economica (**DIPE**), struttura generale della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

4. Si ha, infatti, «equilibrio economico e finanziario» con «la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria. Per convenienza economica si intende la capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito; per sostenibilità finanziaria si intende la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento» (articolo 3, comma 1 lettera fff) D.Lgs. n. 50/2016).

5. Documento consultabile al link <https://www.programmazioneeconomica.gov.it/il-nars-e-lassistenza-alle-amministrazioni-comunali-caro-energia-e-riequilibrio-del-pef-di-una-concessione-del-servizio-di-illuminazione-pubblica/>

In particolare, nel citato parere il NARS ha «riconosciuto che, nell'ambito della fattispecie sottoposta, l'imprevedibile e straordinario aumento dei prezzi di prodotti petroliferi e dell'energia elettrica e, quindi, dei materiali e generi la cui produzione è a questi correlata costituisce presupposto legittimante la revisione del piano economico finanziario di una concessione avente ad oggetto la gestione di impianti di pubblica illuminazione e la fornitura di energia elettrica. Tale eccezionale incremento può, infatti, essere considerato evento imprevedibile non imputabile al concessionario – identificabile come causa di forza maggiore – in grado di alterare l'ottimale allocazione del rischio e l'equilibrio economico finanziario della concessione, trattandosi di situazione straordinaria, aggravata dal conflitto russo-ucraino, che non poteva essere conosciuta o prevista dalle parti – né dalla pubblica amministrazione più diligente né dall'operatore privato più accorto – al momento della predisposizione degli atti della concessione. Nella specie, l'esigenza di mantenere tendenzialmente integro il quadro contrattuale e l'equilibrio economico finanziario originario è stata apprezzata anche alla luce della dimensione trilaterale della concessione, tale per cui l'inadempimento del concessionario si riflette anche nei confronti dell'utenza destinataria del servizio pubblico».

Parlando di **equilibrio economico finanziario** lo strumento che rileva per la relativa misurazione è proprio il **PEF**. Si tratta di uno strumento di calcolo che contiene, sulla base delle assunzioni determinate dall'impresa in sede di partecipazione alla gara e condivise dal committente pubblico in sede di aggiudicazione, una stima prospettica dei flussi economici, patrimoniali e finanziari del concessionario tale da consentire un'analisi dell'equilibrio economico finanziario del contratto e dei rischi connessi.

Quando l'aumento eccezionale dei prezzi dei materiali da costruzione dipende da fattori estranei alla sfera di responsabilità del concessionario, il privato ha diritto a chiedere il riequilibrio del PEF

Sul piano della prassi il DIPE nel documento "PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO (PPP): 100 DOMANDE/RISPOSTE - UNA GUIDA PER LE AMMINISTRAZIONI, IV edizione" dell'ottobre 2022⁶ ha inter alia precisato che:

- «Il Piano Economico Finanziario (PEF) è il documento che esplicita i presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione per l'intera durata del contratto. Esso si sviluppa attraverso un sistema di conti interdipendenti, presenta di norma gli schemi di bilancio previsionale di conto economico, stato patrimoniale e rendiconto finanziario, nonché gli indicatori di equilibrio e permette di valutare la convenienza economica di un progetto d'investimento e la capacità del progetto di rimborsare il debito e di remunerare il capitale di rischio. Il PEF costituisce, inoltre, lo strumento che consente di stimare la redditività del progetto, giustificando l'entità di tariffe o di canoni proposti, nonché l'eventuale necessità di contributi pubblici in conto investimenti a fronte della realizzazione del progetto» (rif. domanda n. 29);
- «Il Piano Economico Finanziario (PEF) di un progetto può essere definito come uno strumento di pianificazione strategica e di valutazione finanziaria e reddituale, utilizzato nelle decisioni di investimento, in grado di verificare preventivamente le opportunità ed i rischi di un nuovo progetto. Il PEF si sviluppa attraverso un sistema di conti interdipendenti che permette di valutare la convenienza economica di un progetto d'investimento e la capacità del progetto di rimborsare il debito e di remunerare il capitale di rischio. ...» (rif. domanda n. 61).

È, dunque, sulla scorta del PEF che viene determinato l'equilibrio degli investimenti e della gestione per la durata del

6. Documento consultabile al link <https://www.programmazioneeconomica.gov.it/pubblicazioni-ppp/>

contratto (*cfr.* art. 168 del D.Lgs. n. 50/2016) e sulla base di questo il concessionario ha formulato l'offerta. Dovendo far riferimento alla durata della concessione, qualora nel corso del contratto si verificano eventi eccezionali tali da modificare il livello di investimento (anche per ipotesi di caro materiali) il PEF registrerà un disequilibrio con riferimento al quale il concessionario avrà diritto di chiederne il riequilibrio, nel rispetto degli indicatori di equilibrio indicati in sede di offerta.

3. Conclusioni

Le imprese affidatarie sono oggi ancora esposte a costi non prevedibili né programmabili che vanno ben oltre ogni ipotizzabile alea contrattuale e/o normativa, non essendo l'attuale situazione fra le ordinarie oscillazioni dovute alle normali fluttuazioni del mercato.

Nell'ambito delle concessioni, lungi dal ricorrere ad interpretazioni analogiche dell'art. 1- septies del D.L. 73/2021, il cui testo non reca dubbi circa l'applicazione ai soli appalti, occorre considerare lo strumento tipico della revisione del piano economico finanziario che, proprio per la peculiarità delle concessioni, consente di non accollare sul privato un rischio eccezionale non previsto e non prevedibile.

Qualora, infatti, non venisse riconosciuta tale possibilità, paradossalmente verrebbe avallata una iniquità di trattamento fra l'appaltatore e il concessionario che in mancanza di riequilibrio del PEF dovrebbe sopportare l'abnorme aumento dei prezzi dei materiali da costruzione.

Viaggi istituzionali, viaggio studio, organizzati tramite agenzie di viaggio, da Pubbliche Amministrazioni. Tutele e garanzie nell'esecuzione del contratto

di Beatrice Corradi

IL
PUN
TO

Premessa

Gli enti pubblici per ragioni istituzionali e di rappresentanza organizzano stabilmente, a fronte di presupposti regolamentari, viaggi, anche all'esterno, i cui destinatari sono giovani studenti, vincitori di concorsi banditi dall'amministrazione pubblica per la cui organizzazione la medesima si avvale di servizi appaltati a terzi.

L'ente, attraverso tali iniziative, promuove e valorizza il consolidamento tra i giovani di valori rilevanti, anche costituzionalmente, diffondendo e consolidando gli stessi tramite la scuola. Ne sono un esempio i concorsi, banditi dalle Regioni, riferiti al: giorno della Memoria; al sacrificio degli Italiani della Venezia Giulia e della Dalmazia; alla conoscenza dei valori comuni europei, mediante la visita al Parlamento europeo. I giovani possono quindi avvicinarsi alle istituzioni europee, ad esempio, attraverso l'incontro con gli europarlamentari assistendo ai lavori di aula o conoscendo più da vicino eventi drammatici del passato.

Le scuole possono nell'ambito delle proprie finalità ed ordinamento organizzare viaggi studio per gli studenti, ai sensi del DPR 275/1999 "Regolamento

recante norme in materia di autonomia delle istituzioni scolastiche" e dell'art. 21 della Legge 59/1997.

L'ente necessita del supporto organizzativo di agenzie di viaggio per realizzare tali attività nel rispetto delle disposizioni normative ed autorizzative finalizzate al corretto svolgimento del viaggio.

La vendita di pacchetti turistici che hanno ad oggetto servizi da fornire in territorio sia nazionale sia internazionale, è disciplinata dalla seguente legislazione:

- ai sensi dell'art. 3 del D. Lgs. n. 79 del 23 maggio 2011 (il "Codice del Turismo");
- dalla L. 27/12/1977 n° 1084 di ratifica ed esecuzione della Convenzione Internazionale relativa al contratto di viaggio (CCV), firmata a Bruxelles il 23.4.1970
- dal Codice del Turismo, specificamente dagli artt. 32 al 51 e per come modificato dal decreto Legislativo 21 maggio 2018 n.62, di recepimento ed attuazione della Direttiva UE 2015/2302
- dalle disposizioni del codice civile in tema di trasporto e mandato, in quanto applicabili.

1. Le agenzie di viaggi ed il contratto che si instaura tra le parti

Per svolgere l'attività di organizzazione di un viaggio è obbligatoria la licenza di agenzia di viaggio e turismo, (di cui all'art. 9, L. 17.5.1983, n. 217), per vendere i pacchetti turistici (art. 2, D.Lgs. 17.3.1995, n. 111). Il contratto che si instaura è un contratto di intermediazione, basato sul concetto di mandato con rappresentanza conferito dal cliente all'agenzia/mandataria (cfr. art. 17 e segg. della L. 1084/1977; gli artt. 82 e segg. del D.Lgs. 206/2005, Codice del Consumo; gli artt. 32 e segg. del D.lgs. 79/2011 (Codice del Turismo); l'art. 1704 cod. civ.).

La Convenzione Internazionale sul contratto di viaggio (CCV) predisposta dall'Unidroit ed approvata a Bruxelles il 23 aprile 1970, è stata recepita dall'ordinamento italiano con la legge 27 dicembre 1977, n. 1084 ed è entrata in vigore il 4 ottobre 1979. La Convenzione sul contratto di viaggio, si applica a qualunque contratto di viaggio concluso da un organizzatore di viaggi o da un intermediario di viaggi. Secondo la Convenzione citata sono presenti infatti due tipi di contratto: il contratto di organizzazione di viaggio ed il contratto di intermediazione di viaggio. La distinzione è stata individuata come segue:

"Contratto di organizzazione di viaggio: qualunque contratto tramite il quale una persona si impegna a suo nome a procurare ad un'altra per mezzo di un prezzo globale, un insieme di prestazioni comprendenti il trasporto, il soggiorno separato dal trasporto o qualunque altro servizio che ad essi si riferisca. Contratto di intermediario di viaggio: qualunque contratto tramite il quale una persona si impegna a procurare ad un'altra, per mezzo di un prezzo, sia un contratto di organizzazione di viaggio, sia uno o dei servizi

separati che permettono di effettuare un viaggio o un soggiorno qualsiasi. Non sono considerati come contratti di intermediario di viaggio le operazioni o altre operazioni simili fra vettori". Da cui consegue: "Organizzatore di viaggi: qualunque persona che abitualmente assuma l'impegno definito al paragrafo 2 (come sopra), sia a titolo di attività principale o meno, sia a titolo professionale o meno. Intermediario di viaggi: qualunque persona che abitualmente assuma l'impegno definito al paragrafo 3, (come sopra) sia a titolo di attività principale o meno, sia a titolo professionale o meno".

La nozione di pacchetto turistico è la seguente:

"I pacchetti turistici hanno ad oggetto i viaggi, le vacanze, i circuiti "tutto compreso", le crociere turistiche, risultanti dalla combinazione, da chiunque ed in qualunque modo realizzata, di almeno due degli elementi di seguito indicati, venduti od offerti in vendita ad un prezzo forfetario:

- a) trasporto;
- b) alloggio;
- c) servizi turistici non accessori al trasporto o all'alloggio di cui all'art. 36 che costituiscano per la soddisfazione delle esigenze ricreative del turista, parte significativa del "pacchetto turistico" (art. 34 Cod. Tur.).

La competenza a disporre in materia di turismo è, tra l'altro, chiarita dall'articolo 2 del Codice del turismo: "L'intervento legislativo dello Stato nella materia del turismo è consentito quando il suo oggetto principale costituisce esercizio di una autonoma competenza legislativa statale esclusiva o concorrente. L'intervento legislativo dello Stato in materia di turismo è, altresì, consentito quando sussistono le seguenti esigenze di

Contratto di organizzazione di viaggio: qualunque contratto tramite il quale una persona si impegna a suo nome a procurare ad un'altra per mezzo di un prezzo globale, un insieme di prestazioni comprendenti il trasporto, il soggiorno separato dal trasporto o qualunque altro servizio che ad essi si riferisca.

Contratto di intermediario di viaggio: qualunque contratto tramite il quale una persona si impegna a procurare ad un'altra, per mezzo di un prezzo, sia un contratto di organizzazione di viaggio, sia uno o dei servizi separati che permettono di effettuare un viaggio o un soggiorno qualsiasi



carattere unitario: a) valorizzazione, sviluppo e competitività, a livello interno ed internazionale, del settore turistico quale fondamentale risorsa del Paese; b) riordino e unitarietà dell'offerta turistica italiana". Il Presidente del Consiglio dei Ministri o il Ministro delegato, previa intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, determina con proprio decreto i livelli essenziali delle prestazioni dei servizi turistici concernenti i diritti civili e sociali, sulla base di parametri stabiliti con legge dello Stato.

Ai sensi del decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79 (Codice della normativa statale in tema di ordinamento e mercato del turismo, a norma dell'articolo 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246, nonché attuazione della direttiva 2008/122/CE, relativa ai contratti di multiproprietà, contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine, contratti di rivendita e di scambio) dell'articolo 13 del decreto-legge 31 maggio 2014, n. 83 (Disposizioni urgenti per la tutela del patrimonio culturale, lo sviluppo della cultura e il rilancio del turismo) convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2014, n. 106, le Regioni dispongono in concreto la regolamentazione delle attività delle agenzie di viaggio e turismo, nonché le attività di organizzazione di viaggi esercitate dalle associazioni senza scopo di lucro. Le rispettive leggi regionali infatti disciplinano le attività di produzione organizzazione e intermediazione di viaggi, nel rispetto dei principi della legge 17 maggio 1983, n. 217 e delle disposizioni della Convenzione Internazionale relativa ai contratti di viaggio (C.C.V.) ratificata e resa esecutiva con legge 27 febbraio 1977, n. 1084.

Nel tempo è stata individuata dalle Regioni

Nel tempo è stata individuata dalle Regioni l'esigenza di dare una disciplina più vicina alla realtà e diretta a tutelare il cittadino che sceglie un'opportunità di viaggio, nonché l'esigenza d'individuare nuovi meccanismi che garantiscano le agenzie che operano nella correttezza e nel rigore normativo (cfr. Emilia Romagna, Liguria). Al fine di aumentare la qualità e la competitività dei servizi turistici pubblici sul territorio nazionale le amministrazioni adottano la carta dei servizi turistici da esse erogati. Le carte definiscono quali servizi turistici si intendono erogare, con quali modalità e quali standard di qualità si intendono garantire.



l'esigenza di dare una disciplina più vicina alla realtà e diretta a tutelare il cittadino che sceglie un'opportunità di viaggio, nonché l'esigenza d'individuare nuovi meccanismi che garantiscano le agenzie che operano nella correttezza e nel rigore normativo (cfr. Emilia Romagna, Liguria). Al fine di aumentare la qualità e la competitività dei servizi turistici pubblici sul territorio nazionale le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito delle attività istituzionali adottano la carta dei servizi turistici da esse erogati.

Le carte definiscono quali servizi turistici si intendono erogare, con quali modalità e quali standard di qualità si intendono garantire.

Presso la Regione è istituito il registro delle agenzie di viaggio e turismo, aggiornato dalla medesima e pubblicato

sul relativo sito istituzionale.

La Regione provvede alla cancellazione dal registro su richiesta dell'interessato, per cessazione dall'attività o negli altri casi previsti dalla legge, entro novanta giorni dall'avvenuta conoscenza.

Il rilascio delle autorizzazioni all'apertura di un'agenzia di viaggio comporta un'istruttoria che accerti:

- il possesso dei requisiti strutturali e professionali;
- il possesso dei requisiti di onorabilità e di capacità finanziaria;
- l'avvenuta riabilitazione nel caso in cui il soggetto sia stato sottoposto a procedura fallimentare.

I requisiti strutturali per ottenere l'autorizzazione all'apertura di un'agenzia di viaggio sono:

- locali indipendenti ed escludenti altre attività;
- insegne visibili dell'attività dell'impresa;
- attrezzature tecnologiche adeguate alle attività autorizzate.

I requisiti professionali sono:

- essere nelle condizioni previste dall'articolo 4 del Decreto Legislativo n. 392 del 1991;
- aver frequentato apposito percorso formativo abilitante.

Nelle procedure di gara per l'organizzazione di viaggi gli enti richiedono quindi alle società di essere in possesso dell'autorizzazione regionale all'esercizio delle attività professionali delle agenzie di viaggio e turismo, precisandone gli estremi e fornendo gli eventuali riferimenti in ordine all'iscrizione, nell'apposito registro-elenco, del titolare e del direttore tecnico. L'attività di agenzia di viaggio e turismo consiste nell'esercitare congiuntamente o disgiuntamente le attività di produzione e di organizzazione di viaggi e soggiorni o di intermediazione nei predetti servizi. In particolare rientrano nelle attività proprie delle agenzie di viaggio e turismo:

1. l'organizzazione di soggiorni, viaggi e crociere per via terrestre, marittima ed aerea per singole persone o per gruppi, con o senza vendita diretta;
2. la vendita di soggiorni, viaggi e crociere organizzati da altre agenzie;
3. l'organizzazione di escursioni individuali o collettive e giri di città con ogni mezzo di trasporto;
4. la prenotazione, la vendita di biglietti per conto delle imprese nazionali ed estere che esercitano trasporti ferroviari, automobilistici, marittimi ed aerei ed altri tipi di trasporto;
5. l'accoglienza dei propri clienti nei porti, aeroporti, stazioni di partenza e di arrivo di mezzi collettivi di trasporto e l'assistenza e l'accompagnamento dei propri clienti nelle escursioni e viaggi da esse organizzati, anche utilizzando per l'espletamento di tali funzioni il direttore tecnico o altri dipendenti qualificati dell'agenzia;
6. la prenotazione di servizi di albergo e di ristorante ovvero la vendita di buoni di credito per detti servizi emessi anche da altri operatori nazionali ed esteri;
7. la raccolta di adesioni a viaggi o crociere per l'interno e per l'estero.

Le agenzie di viaggio e turismo possono inoltre svolgere le seguenti attività complementari:

1. l'attività di informazione e pubblicità di iniziative turistiche;
2. l'assistenza per il rilascio di passaporti e visti consolari;
3. l'inoltro, il ritiro ed il deposito di bagagli per conto e nell'interesse dei propri clienti;
4. la prenotazione del noleggio di autovetture e di altri mezzi di trasporto;
5. il rilascio e il pagamento di assegni turistici e di assegni circolari o altri titoli di credito per i viaggiatori, di lettere di credito e cambio di valuta, in quanto attinenti ai servizi turistici, e sempre che il titolare dell'agenzia abbia ottenuto le prescritte autorizzazioni;
6. le operazioni di emissione, in nome e per conto di imprese e assicurazioni, di polizze a garanzia degli infortuni ai viaggiatori e dei danni alle cose trasportate;
7. la distribuzione e la vendita di pubblicazioni utili al turismo quali guide, piante, opere illustrative;
8. la prenotazione e la vendita di biglietti per spettacoli, fiere e manifestazioni;
9. la prenotazione e la vendita di biglietti per emigranti;
10. ogni altra attività concernente le prestazioni di servizi turistici.

Le società che si occupano dell'organizzazione dei viaggi promuovono pacchetti turistici, assumono la rappresentanza e la biglietteria di compagnie aeree, ferroviarie e marittime, gestiscono per conto proprio o di terzi alberghi, assumono la rappresentanza di compagnie di noleggio di mezzi di trasporto, contraggono rapporti di agenzia come mandanti o come agenti nel settore turistico (ciò è ricavabile nell'oggetto sociale dell'iscrizione alla Camera di Commercio).

Sono agenzie di viaggi e turismo le imprese quindi che esercitano l'attività di produzione ed organizzazione di viaggi e soggiorni o di intermediazione nell'acquisto di tali servizi o entrambe le attività, ivi compresi i compiti di assistenza ed accoglienza ai turisti, secondo quanto previsto dalla Convenzione internazionale relativa ai contratti di viaggio, di cui alla legge 27 dicembre 1977, n. 1084 (Ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale relativa al contratto di viaggio "CCV", firmata a Bruxelles il 23 aprile 1970) nonché dal decreto legislativo 6

settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229).

In virtù della disciplina del contratto di viaggio turistico introdotta nell'ordinamento nazionale dalla Convenzione di Bruxelles 23 aprile 1970, l'intermediario di viaggi, ai sensi dell'art. 22, risponde di qualsiasi inosservanza che commette nell'adempimento dei suoi obblighi fra i quali, in caso di vendita di biglietti aerei, ad esempio, l'obbligo di fornire le informazioni relative e necessario al viaggio ai clienti.

2. Legaranziedisicurezza nell'esecuzione del viaggio. Gli oneri a carico della società affidataria. L'esempio degli istituti scolastici

L'Istituzione scolastica ha l'obbligo di adottare, in via preventiva, azioni atte ad evitare prevedibili situazioni di pericolo, compresa la scelta di vettori e strutture alberghiere che non devono presentare pericoli per l'incolumità degli alunni. Il Dirigente scolastico è il titolare di poteri aventi carattere organizzativo, di amministrazione e controllo: egli deve garantire la sicurezza, attuando misure idonee a prevenire fattori di rischio e/o pericolo nella relativa organizzazione.

In più fasi dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca sono state invitati i dirigenti scolastici e degli organizzatori, sia nella fase di organizzazione delle visite d'istruzione che durante il viaggio, a porre attenzione su taluni aspetti relativi alle scelte delle aziende a cui affidare il servizio di trasporto, verificando quindi l'idoneità e condotta del conducente, ad esempio, l'idoneità del veicolo e le altre misure di sicurezza di seguito illustrate.

È fondamentale che i criteri che inducono alla scelta di un servizio di trasporto non siano solo di carattere economico (l'offerta più vantaggiosa), conformemente alle previsioni del codice degli appalti in tema di criterio di aggiudicazione, ma tengano in primaria considerazione alcune garanzie di sicurezza e qualità dell'offerta. A tale scopo, nell'ambito delle iniziative previste dal Protocollo d'intesa siglato il 5 gennaio 2015 con il Ministero dell'Interno, la Polizia stradale ha elaborato un Vademecum nel quale si evidenziano alcuni aspetti

fondamentali da non trascurare in occasione dell'organizzazione di un viaggio di istruzione che prevede l'uso di un mezzo di trasporto a noleggio con conducente.

Ogni qualvolta si ritenga opportuno, in particolare prima di intraprendere il viaggio e/o durante lo stesso se la condotta del conducente o l'idoneità del veicolo non dovessero rispondere ai requisiti riassunti nel Vademecum, dovrà essere richiesta la collaborazione e l'intervento degli Uffici della Polizia Stradale territorialmente competenti, già sensibilizzati a tal riguardo dalla propria Direzione centrale. Per consentire alla Polizia Stradale di organizzare servizi di controllo, compatibilmente con le altre attività istituzionali e fatte salve eventuali emergenze, i dirigenti scolastici avranno cura di inviare alla Sezione Polizia Stradale del capoluogo di provincia della località in cui avrà inizio il viaggio, una comunicazione (cfr. circolare Miur del 2016).

Secondo il Ministero dell'Interno, come previsto nella circolare del 2015, le ditte di cui ci si avvale per il servizio di trasporto devono preventivamente dimostrare, mediante apposita documentazione, di essere in possesso dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di noleggio autobus con conducente, di essere in regola con la normativa sulla sicurezza sul lavoro e di aver proceduto alla redazione del Documento di Valutazione dei Rischi, di essere autorizzati all'esercizio della professione (AEP) e iscritte al Registro Elettronico Nazionale (REN) del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti, di avvalersi di conducenti in possesso dei prescritti titoli abilitativi e di mezzi idonei, coperti da polizza assicurativa RCA.

L'attività di trasporto viaggiatori con autobus noleggiato con conducente è subordinata al rilascio di autorizzazione da parte della Regione o dell'ente locale a ciò delegato, in genere il Comune (art. 5, commi 1 e 2, legge 11 agosto 2003, n. 218). Copia conforme dell'autorizzazione deve sempre trovarsi a bordo del mezzo (Art. 5, comma 5, legge 11 agosto 2003, n. 218). Se il viaggio si svolge su una relazione di traffico comunitaria occorre la licenza comunitaria (art. 4 Regolamento CE n. 1073/2009) se invece è extracomunitaria occorre l'autorizzazione Inter bus, Asor o bilaterale, a seconda dei paesi attraversati (Art. 10 legge 11 agosto 2003, n. 218). È opportuno che gli accompagnatori sappiano che il conducente di

un autobus deve rispettare: il periodo di guida giornaliero; il periodo di guida settimanale e bisettimanale; fruire di pause giornaliere e di riposo giornaliero e settimanale.

3. Condizioni del contratto. Responsabilità e polizze assicurative

L'organizzatore presta adeguata assistenza senza ritardo al viaggiatore che si trova in difficoltà in particolare fornendo le opportune informazioni riguardo ai servizi sanitari, alle autorità locali e all'assistenza consolare e assistendo il viaggiatore nell'effettuare comunicazioni a distanza e aiutandolo a trovare servizi turistici alternativi.

L'organizzatore e il venditore stabiliti sul territorio nazionale sono coperti da contratto di assicurazione per la responsabilità civile a favore del viaggiatore per il risarcimento dei danni derivanti dalla violazione dei rispettivi obblighi assunti con i rispettivi contratti. I contratti di organizzazione di pacchetto turistico sono assistiti da polizze assicurative o garanzie bancarie che, nei casi di insolvenza o fallimento dell'organizzatore o del venditore garantiscono, senza ritardo su richiesta del viaggiatore, il rimborso del prezzo versato per l'acquisto del pacchetto. È fatta salva la facoltà di stipulare anche altre polizze assicurative di assistenza al viaggiatore.

I risarcimenti, ai sensi degli artt. 44, 45 e 47 del Cod. Tur., sono disciplinati da quanto ivi previsto e comunque nei limiti stabiliti dalle Convenzioni Internazionali che disciplinano le prestazioni che formano oggetto del pacchetto turistico nonché dagli articoli 1783 e 1784 del codice civile.

L'organizzatore risponde dei danni arrecati a motivo dell'inadempimento totale o parziale delle prestazioni contrattualmente dovute, sia che le stesse vengano effettuate da lui personalmente

che da terzi fornitori dei servizi, a meno che provi che l'evento è derivato da fatto del contraente (ivi comprese iniziative autonomamente assunte da quest'ultimo nel corso dell'esecuzione dei servizi) o dal fatto di un terzo a carattere imprevedibile o inevitabile, da forza maggiore, ovvero da circostanze che lo stesso organizzatore non poteva, secondo la diligenza professionale, ragionevolmente prevedere o risolvere (ritardi aerei, cancellazione dei voli, overbooking).

L'intermediario presso il quale sia stata effettuata la prenotazione del pacchetto turistico non risponde in alcun caso delle obbligazioni nascenti dall'organizzazione del viaggio, ma è responsabile esclusivamente delle obbligazioni nascenti dalla sua qualità di intermediario e, comunque, nei limiti previsti per tale responsabilità dalle norme vigenti in materia, salvo l'esonero di cui all'art. 46 Cod. Tur:

"Nel caso in cui l'inadempimento delle prestazioni che formano oggetto del pacchetto non è di scarsa importanza ai sensi dell'articolo 1455 del codice civile, il viaggiatore può chiedere all'organizzatore o al venditore, secondo la responsabilità derivante dalla violazione dei rispettivi obblighi assunti con i rispettivi contratti, oltre ed indipendentemente dalla risoluzione del contratto, un risarcimento del danno correlato al tempo di vacanza inutilmente trascorso ed all'irripetibilità dell'occasione perduta. Il diritto al risarcimento si prescrive in tre anni, ovvero nel più lungo periodo per il risarcimento del danno alla persona previsto dalle disposizioni che regolano i servizi compresi nel pacchetto, a decorrere dalla data del rientro del viaggiatore nel luogo di partenza".

Per quanto invece riguarda le penali per annullamento del viaggio su richiesta del contraente, il calcolo delle medesime è in relazione a quanto tempo prima si decide di disdire la prenotazione e dai costi sostenuti per l'organizzazione del viaggio. A tal fine può essere utile prevedere un'assicurazione per l'annullamento del viaggio, a cura dell'ente promotore, al fine di coprire le penalità previste contrattualmente per le disdette.



partenza".

Le Agenzie di Viaggio possono essere chiamate a pagare, quali civilmente responsabili ai sensi di legge, a titolo di risarcimento (capitale, interessi e spese):

- per danni materiali involontariamente cagionati a terzi in conseguenza di un fatto accidentale verificatosi nell'esercizio della sua attività;
- per le perdite patrimoniali involontariamente cagionate a terzi in conseguenza di un fatto accidentale verificatosi;
- nonché per i danni arrecati a terzi da fatto dei suoi dipendenti, dai collaboratori occasionali o dagli accompagnatori, nello svolgimento delle loro mansioni.

L'Assicurazione RC Professionale, stipulata dalle Agenzie e Tour operator, permette alle medesime di rimanere indenni di fronte a tutte le responsabilità previste e conseguenti alla gestione del contratto, comprendendo: lo smarrimento, distruzione e deterioramento di atti, documenti o titoli, purché non derivanti da furto, rapina o incendio; sanzioni, multe e ammende inflitte ai clienti dell'Assicurato per errori imputabili all'Assicurato stesso (Agenzia).

Per quanto invece riguarda le penali per annullamento del viaggio su richiesta del contraente, il calcolo delle medesime è in relazione a quanto tempo prima si decide di disdire la prenotazione e dai costi sostenuti per l'organizzazione del viaggio. A tal fine può essere utile prevedere un'assicurazione per l'annullamento del viaggio, a cura dell'ente promotore, al fine di coprire le penalità previste contrattualmente per le disdette.

Inversione procedimentale e invarianza della soglia di anomalia

di Stefano Usai

IL
PUN
TO

Premesse

Recente giurisprudenza (in particolare del Consiglio di Stato) è tornata sulla questione della c.d. cristallizzazione della soglia (principio dell'invarianza della soglia di anomalia) ai sensi dell'articolo 95, comma 15 del Codice dei contratti in relazione al caso in cui il RUP abbia predisposto la gara utilizzando la c.d. inversione procedimentale, prevista anche per gli appalti ordinari, (ora estesa, dai decreti emergenziali, anche nel sottosoglia fino al 30 giugno 2023) di cui all'articolo 133, comma 8).

La questione dell'invarianza della soglia, effettivamente, nel caso dell'inversione procedimentale - ovvero la decisione di verificare prima le offerte in luogo della documentazione amministrativa (con conseguente verifiche sul possesso nei confronti del solo aggiudicatario o,

facoltativamente - purchè previsto nel bando di gara -, anche nei confronti di soggetti estratti a sorte o previamente individuati dalla stazione appaltante), la necessità del ricalcolo potrebbe sembrare assolutamente inutile.

**Recente giurisprudenza
(in particolare del
Consiglio di Stato) è
tornata sulla questione
della c.d. cristallizzazione
della soglia (principio
dell'invarianza della
soglia di anomalia ai
sensi dell'articolo 95,
comma 15 del Codice dei
contratti).**

In primo luogo per il fatto, come anche sostenuto dalla giurisprudenza (che verrà esaminata), che nell'inversione procedimentale le verifiche successive si concentrano sul solo affidatario.

E' chiaro che una simile considerazione, però, non può non evidenziare le conseguenze, gravi, nel caso in cui o lo stesso affidatario venga escluso (e quindi non

si giungesse ad aggiudicazione) o il caso in cui la stazione appaltante venisse a conoscenza di eventuali cause di esclusione di operatori che, se adottate, necessariamente incidono sulla soglia di anomalia.

1. L'invarianza della soglia

La fattispecie della cristallizzazione della soglia trova disciplina (a ben valutare non chiarissima a differenza della formulazione contenuta nel nuovo schema di codice di cui si dirà più avanti) nell'articolo 95 comma 15 del Codice.

Ai sensi della disposizione in parola "Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte".

I giudici hanno, più volte ovviamente, precisato la ratio della norma.

Tra questi il Tar Lombardia, Brescia, Sez. I, sentenza n. 476/2021 (su cui si tornerà anche più avanti) precisa che la regola della c.d. "immodificabilità della graduatoria" e della "irrilevanza delle sopravvenienze" verificatesi, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione delle offerte, includendo in quest'ultima anche le ammissioni e le esclusioni disposte in esito ad eventuale soccorso istruttorio **ha una duplice finalità** (nello stesso senso cfr. da ultimo, Consiglio di Stato, sez. III, 14 ottobre 2020, n. 6221; Cons. Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6013), **ovvero:**

- a) garantire, per un verso, la continuità della gara e stabilità nei suoi esiti, onde impedire che la stazione appaltante debba retrocedere il procedimento;
- b) impedire, o comunque vanificare, in prospettiva antielusiva, la promozione di controversie meramente speculative e strumentali da parte di concorrenti non utilmente collocatisi in graduatoria.

2. Il problema interpretativo

La questione posta nella pratica operativa è che la norma non chiarisce oggettivamente il momento in cui l'invarianza della soglia si determina pur nell'inciso della norma secondo cui la soglia si "cristallizza" nel momento in cui le fasi "formali" di ammissione/regolarizzazione ed esclusione sono concluse.

Fase che, come anche più avanti si evidenzierà, non può che coincidere con il provvedimento di aggiudicazione efficace ovvero il provvedimento successivo alla verifica formale sul possesso dei requisiti richiesti dalla stazione appaltante.

E' chiaro che tale momento non può riguardare frangenti precedenti come la proposta di aggiudicazione (visto che proprio dalla verifica su questa potrebbero scaturire delle esclusioni/regolarizzazioni).

Si innesta, con particolare intensità, sul problema principale – come ha avuto modo di rilevare sia la giurisprudenza di primo grado già citata sia il Consiglio di Stato –, la questione dei rapporti tra invarianza della soglia e la c.d. inversione procedimentale di cui si è detto in premessa.

In questo senso, nella sentenza del TAR Brescia n. 476/2021, già citata sopra, si legge che "di recente la giurisprudenza si è interrogata su come si applichi il (...) principio (nda dell'invarianza della soglia) nel caso di procedure di gara svolte secondo il modulo della c.d. "inversione procedimentale" di cui all'art. 133 comma 8 del d. lgs. 50/2016, ossia procedendo prima all'esame delle offerte e solo successivamente alla verifica dei requisiti di partecipazione degli offerenti (normalmente limitata al solo soggetto risultato aggiudicatario, ma con ampia facoltà per le stazioni appaltanti di ampliare discrezionalmente tale verifica ad altri partecipanti, eventualmente individuati a campione)".

3. L'inversione procedimentale

L'inversione procedimentale, come accennato, consente di capovolgere la prospettiva fisiologica della sequenza che caratterizza la procedura di aggiudicazione ammettendo la possibilità di verificare le offerte tecnico/economiche prima della documentazione amministrativa.

Fattispecie che ha l'intento di semplificare la procedura visto che poi i controlli si concentreranno sul solo aggiudicatario (su altri operatori, come detto, solo se la stazione appaltante lo abbia previsto nella legge di gara).

L'inversione procedimentale è stata oggetto di analisi e di diversi pareri del MIMS sulla corretta applicazione.

In questo senso, ad esempio, l'ufficio di supporto legale del MIMS, con parere n. 1506/2022 in cui si è affrontato il quesito se "Nell'ambito di una procedura aperta per l'affidamento di lavori con applicazione dell'inversione procedimentale ex art. 133 co. 8 del D. Lgs. 50/2016, è possibile limitarsi a verificare la documentazione amministrativa del solo concorrente primo in graduatoria o è necessario verificare altri concorrenti?".

L'inversione procedimentale consente di capovolgere la prospettiva fisiologica della sequenza che caratterizza la procedura di aggiudicazione ammettendo la possibilità di verificare le offerte tecnico/economiche prima della documentazione amministrativa.



Il Ministero ha risposto che

"In merito al quesito posto si rappresenta che l'inversione procedimentale prevista dall'articolo 133 comma 8 del d.lgs. 50/2016 e ss.mm.ii. per i settori speciali è stata estesa dall'articolo 1, comma 3, del Decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 convertito con modificazioni dalla Legge 14 giugno 2019 n. 55 e ss.mm.ii. fino al 30 giugno 2023 ai settori ordinari. Tanto premesso si evidenzia che, come indicato dal Bando Tipo ANAC n.1/2021 aggiornato da ultimo con Delibera del 20 luglio 2022, in caso di inversione procedimentale la Stazione appaltante dovrà procedere alla verifica della documentazione amministrativa del soggetto primo in graduatoria, mentre potrà valutare la possibilità di procedere alla verifica anche del secondo concorrente e di sorteggiare un certo numero di concorrenti per sottoporli a verifica della documentazione amministrativa. Facoltà che dovrà essere espressamente prevista nella documentazione di gara. Infine, si evidenzia che, come indicato nella nota illustrativa al Bando-Tipo, la verifica della documentazione amministrativa anche di altri concorrenti presenti in graduatoria oltre al primo graduato permette alla Stazione Appaltante, nell'ipotesi di esclusione del primo in graduatoria, di proseguire l'iter di aggiudicazione".

Uno dei principali dubbi, per i RUP, è se l'inversione procedimentale sia applicabile anche alle procedure negoziate o solamente al caso delle procedure aperte.

Ovviamente detta possibilità è esclusa è necessario, quale presupposto indefettibile, l'avvio di una procedura aperta classica – pur nel sottosoglia -. E' questo, del resto, il riscontro fornito dalla Corte Costituzionale con la sentenza n.

39/2020 che ha annullato (perché incostituzionale) una norma della legge regionale della Toscana che "consentiva" nella regione, la possibilità di utilizzare l'inversione procedimentale nelle procedure negoziate sottosoglia da aggiudicarsi al prezzo più basso.

La Corte Costituzionale, nella sentenza già richiamata, ha anche precisato che "la scelta di consentire o meno l'inversione procedimentale implica un delicato bilanciamento fra le esigenze di semplificazione

e snellimento delle procedure di gara e quelle, fondamentali, di tutela della concorrenza, della trasparenza e della legalità delle medesime procedure, bilanciamento che non può che essere affidato al legislatore nazionale nell'esercizio della sua competenza esclusiva in materia, quale garanzia di uniformità della disciplina su tutto il territorio nazionale".

4. Inversione procedimentale e cristallizzazione della soglia di anomalia

Come si diceva, è interessante analizzare i rapporti tra inversione procedimentale e cristallizzazione della soglia di anomalia.

Nella pronuncia del giudice lombardo, più volte richiamata, si precisa - come detto -, che "...nelle procedure di gara che adottano il modello della inversione procedimentale la verifica dei requisiti di partecipazione dei concorrenti avviene dopo l'esame delle offerte, può accadere che in esito a tale verifica, o in esito all'eventuale soccorso istruttorio esercitato dalla stazione appaltante, uno o più concorrenti siano esclusi".

Da qui il problema di stabilire se tali esclusioni debbano o meno comportare il ricalcolo della soglia di anomalia. Sul tema insistono due differenti opzioni (oggi, si anticipa, superate).

1. Con un primo argomento si sostiene che, dal momento che il principio della invarianza della soglia di anomalia di cui all'art. 95 comma 15 del

d. lgs. 50/2016 opera "successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte", e dal momento che tale fase include anche le ammissioni e le esclusioni disposte in esito all'eventuale soccorso istruttorio, analogamente, nelle gare svolte secondo il modulo dell'inversione procedimentale, le esclusioni disposte in sede di verifica dei requisiti e di eventuale soccorso istruttorio, verificandosi ancora nell'ambito della fase di ammissione delle offerte, dovrebbero necessariamente comportare il ricalcolo della soglia di anomalia;

2. Con un secondo argomento, si sostiene che la necessità di procedere al ricalcolo della soglia di anomalia a seguito della esclusione di offerte presentate da concorrenti rivelatisi, all'esito della procedura di gara, privi di requisiti di partecipazione, risponderebbe all'esigenza di evitare che il calcolo della soglia di anomalia sia inquinato da offerte che non avrebbero dovuto partecipare alla gara in quanto carenti di requisiti di partecipazione.

Dopo una attenta istruttoria (che in questa sede non interessa riportare) il giudice bresciano conclude che nel caso di inversione procedimentale non sia necessario procedere con il ricalcolo della soglia (peraltro escluso dalla stessa stazione appaltante con una previsione esplicita nella legge di gara).

Ciò per diverse ragioni. Una delle prime è che l'eventuale ricalcolo della soglia di anomalia (nel caso di utilizzo del modulo procedimentale dell'inversione procedimentale) a seguito della esclusione di uno o più concorrenti in esito alla verifica dei requisiti di partecipazione (o all'eventuale soccorso istruttorio), "determinerebbe una retrocessione della procedura di gara ad una fase antecedente, e quindi un appesantimento della gara, in aperto contrasto con le finalità di semplificazione procedimentale che stanno alla base dell'introduzione di tale modulo procedimentale".

In secondo luogo, diversamente da quanto

accade nelle procedure di gara svolte secondo il modulo procedimentale "ordinario", in quelle svolte secondo il modulo della "inversione procedimentale" di cui all'art. 133 comma 6 d. lgs. 50/2016, la verifica dei requisiti di partecipazione

si svolge "a buste aperte" e ciò comporta che, se in esito a tale fase fosse previsto l'obbligo della stazione appaltante di procedere al ricalcolo della soglia di anomalia, la procedura di gara resterebbe esposta al pericolo di condotte strumentali dei concorrenti sottoposti a verifica, i quali, divenendo rilevanti ai fini del calcolo della soglia di anomalia – e quindi, in definitiva, ai fini dell'esito della gara – a seconda che comprovino o meno il possesso dei requisiti di partecipazione, potrebbero essere indotti a porre in essere comportamenti fraudolenti (concordati o eterodiretti)

a beneficio di altri concorrenti, con un effetto di radicale turbativa della procedura concorsuale e di violazione dei principi di trasparenza, libera concorrenza e par condicio dei concorrenti.

Questione approfondita anche dal TAR Puglia, sentenza n. 1631/2020 con cui, tra le attività fraudolenti, si individuano, a titolo esemplificativo, "ad esempio ad un'intenzionale incompletezza o irregolarità di talune offerte già in sede di prima partecipazione, ovvero ad un intenzionale rifiuto di produrre la documentazione richiesta a seguito di soccorso istruttorio nel corso della procedura: tutte ipotesi in cui la platea degli offerenti finirebbe per essere modificata, con automatici riflessi sul calcolo della soglia".

Nel caso trattato, come si è anticipato, la stazione appaltante ha disciplinato il modulo della inversione procedimentale, e cioè, in particolare, decidendo di mantenere invariata la soglia di anomalia anche nell'eventualità della esclusione di uno o più concorrenti in esito alla fase conclusiva di verifica dei requisiti.

E tale previsione, è stata dirimente ai fini del giudicare, non è stata impugnata.

Dopo una attenta istruttoria (che in questa sede non interessa riportare) il giudice bresciano conclude che nel caso di inversione procedimentale non sia necessario procedere con il ricalcolo della soglia (peraltro escluso dalla stessa stazione appaltante con una previsione esplicita nella legge di gara).



5. La rivalutazione del problema

La soluzione alla questione posta ovvero l'applicabilità (le modalità) della cristallizzazione della soglia nel caso di inversione procedimentale, in realtà, è stata correttamente valutata dal Consiglio di Stato con una recente sentenza.

Non solo, la soluzione a cui giunge il Collegio, poi, risulta anche declinata nel nuovo schema di codice dei contratti (licenziato in queste settimane che, sul punto, contiene una norma oggettivamente più chiara di quella attuale).

Con la sentenza n. 9381/2022 il Collegio, rammentando che nel caso di procedura con inversione procedimentale ex art. 133, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 la fase della valutazione delle offerte precede quella di verifica dell'ammissibilità, si potrebbe sostenere che il principio di invarianza operi **già a partire dalla proposta di aggiudicazione**, poiché, successivamente ad esso, la stazione appaltante verificherà il possesso dei requisiti solo per l'aggiudicatario e non per gli altri concorrenti.

In sostanza, per l'assenza di una fase di ammissione dei concorrenti l'operatività del principio di invarianza dovrebbe regredire rispetto al momento cui esso opera in una ordinaria procedura di gara.

Non v'è valida ragione, prosegue la sentenza richiamata, che possa indurre il RUP a derogare – per la sola procedura che si svolga con inversione procedimentale ex art. 133, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 –, dalla regola per la quale è il provvedimento di aggiudicazione, e non la proposta di aggiudicazione, il momento a partire dal quale opera il principio di invarianza, per la natura solo endoprocedimentale della proposta, non preclusiva dell'esercizio dei poteri di riesame delle precedenti determinazioni assunte nel corso della procedura di gara.

In secondo luogo, non è corretto affermare che in procedura svolta con l'inversione procedimentale la decisione sull'ammissione del concorrente riguardi solo colui che sia stato proposto come aggiudicatario e non gli altri.

Vi osta, prosegue il giudice, il chiaro tenore dell'art. 80, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016 per il quale "Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui al comma 1, 2, 4 e 5".

Inoltre, per la sua portata generale è già stato ritenuto che tale disposizione stabilisca una regola valida anche in caso di procedura di gara che si svolga con l'inversione procedimentale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2022, n. 8336).

Infine, a volere seguire l'opposto ragionamento, si avrebbe una palese violazione dell'art. 133, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 nella parte in cui (terzo periodo) precisa che: "Se si avvalgono di tale possibilità [ossia dell'inversione procedimentale], le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato a un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 136 o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice".

In definitiva, conclude il giudice, evitare il ricalcolo della soglia di anomalia mantenendo in gara un concorrente per il quale è nota l'esistenza di una causa di esclusione

significa pervenire all'aggiudicazione ad offerente che non ne avrebbe diritto se l'anomalia fosse correttamente calcolata.

Da qui l'ovvia conclusione, per cui, ordinariamente il ricalcolo della soglia non può operare solamente quanto la stazione appaltante giunga al provvedimento di aggiudicazione "definitivo".

Ogni ulteriore "sollecitazione" al ricalcolo avrebbe solo un effetto strumentale di creare lungaggini sul procedimento che non rispondono, evidentemente, allo scopo del legislatore e quindi alla valorizzazione del fondamentale valore della tempestività nell'assegnazione dell'appalto (questione che torna anche nello schema del nuovo codice).

Da qui il problema di stabilire se tali esclusioni debbano o meno comportare il ricalcolo della soglia di anomalia.



6. L'invarianza della soglia nel "nuovo" codice

Come si è anticipato, e questo vale oggettivamente per molte norme ricalibrate nel nuovo schema di codice degli appalti, la questione dell'invarianza della soglia e dei rapporti con l'inversione procedimentale viene affrontata e, più efficacemente, risolta nel nuovo schema di codice con l'articolo 108 comma 12 (rubricato "Criteri di aggiudicazione negli appalti").

Nella norma in parola si legge che "Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente al provvedimento di aggiudicazione, tenendo anche conto dell'eventuale inversione procedimentale, non è rilevante per il calcolo dei punteggi attribuiti nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte, eventualmente stabilita nei documenti di gara, e non produce conseguenze sui procedimenti relativi agli altri lotti della medesima gara".

Una scrittura che si fa, sicuramente, preferire rispetto all'attuale formulazione contenute all'articolo 95, comma 15 come si è sopra evidenziato.

I limiti della previsione a corpo negli appalti pubblici: un problema generale che si ripropone per i servizi tecnici.

di Stefano de Marinis

IL
PUN
TO

Questione particolarmente attuale è quella che riguarda i limiti qualitativi e/o quantitativi entro i quali il titolare di un appalto pubblico resta vincolato al prezzo pattuito senza alcuna possibilità di adeguamento laddove il contratto sia stato stipulato "a corpo".

Il problema non è nuovo, essendo stato più volte affrontato soprattutto con riferimento al campo dei lavori, anche in senso inverso rispetto all'approccio più tradizionalmente trattato, ovvero se l'amministrazione pubblica sia tenuta al pagamento del corrispettivo così determinato nell'ipotesi di significative minori quantità contabilizzate.

Da ultimo l'interrogativo è tornato in evidenza con riferimento ai servizi tecnici, data la particolare richiesta di mercato che li ha interessati nel corso del 2022 anche in relazione alle esigenze legate all'attuazione del PNRR, ragion per cui ad ANAC è stato richiesto di fornire indicazioni al riguardo; l'Autorità ha quindi reso un significativo pronunciamento, in data 8 novembre u.s., dai contenuti del quale è opportuno muovere per svolgere alcune considerazioni.

Il tema portato all'attenzione dell'Autorità riguardava, testualmente, *la prassi delle stazioni appaltanti di richiedere in corso di esecuzione del*

contratto prestazioni aggiuntive e/o integrative rispetto a quelle considerate ai fini della determinazione del compenso a base di gara.

Le premesse del pronunciamento citano, a titolo di esempio, il caso di *indagini, rilievi e altri studi ritenuti imprescindibili per dare corretta esecuzione al contratto, senza prevedere alcun aumento del corrispettivo ... sul presupposto che questo, in quanto determinato a corpo, non è passibile di adeguamento sulla base delle prestazioni effettivamente eseguite.*

Tale comportamento - si legge ancora nella parte iniziale del comunicato - *si registrerebbe anche quando le prestazioni aggiuntive derivino da un evento imprevisto ed imprevedibile al momento dell'assunzione dell'incarico, come nel caso delle attività di aggiornamento dei computi metrici estimativi di progetto e della contabilità dei lavori, richieste dalle stazioni appaltanti ai progettisti e ai direttori dei lavori in adempimento delle disposizioni dell'articolo 26 del decreto legge 17 maggio 2022, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2022, n. 91 recante "Misure urgenti in materia di politiche energetiche nazionali, produttività delle imprese e attrazione degli investimenti, nonché in materia di politiche sociali e di crisi Ucraina".*

**Il comunicato 8
novembre 2022
dell'ANAC**

La questione di base, ossia la tenuta della pretesa onnicomprensività del corrispettivo contrattuale nell'appalto affidato "a corpo", a maggior ragione riguarda tutti i casi di significative variazioni quantitative di quanto commissionato, a cominciare da ciò che frequentemente accade nel passaggio dagli elaborati preliminari al progetto definitivo, laddove emerga la necessità di prevedere opere in misura assai maggiore e/o diversa rispetto a quanto in origine indicato all'atto dell'affidamento dell'incarico, con la conseguenza che l'attività professionale da svolgere risulta significativamente più ampia rispetto al preventivato, a volte addirittura doppia.

Occorre con chiarezza premettere che, in presenza di un appalto affidato con pattuizione a corpo, o a forfait o a prezzo chiuso, come spesso il medesimo concetto viene contrattualmente declinato con formule linguistiche diverse, l'obiettivo del committente è quello di accollare il rischio delle quantità in capo all'assuntore del contratto. Recita al riguardo l'articolo 59, comma 5 bis, del codice dei contratti pubblici, di cui d.lgs. n. 50 del 2016, che per le prestazioni a corpo il prezzo offerto rimane fisso e non può variare in aumento o in diminuzione, secondo la qualità e la quantità effettiva dei lavori eseguiti. Possiamo affermare che tale obiettivo possa ritenersi sempre conseguito quale che sia la modalità con cui esso viene trasferito oltretutto la relativa entità economica?

La risposta sembra doversi declinare in senso negativo, in tal modo esprimendosi anche l'Autorità anticorruzione, che mette altresì in evidenza una serie di elementi rilevanti sia sul piano della legittimità delle richieste formulate dall'appaltatore, laddove l'accollo del rischio non abbia avuto luogo in modo corretto, che su quello dell'assenza di potenziali addebiti verso l'amministrazione chiamata a riconoscerle. Vediamo quali sono le motivazioni a sostegno della posizione assunta. Muovendo dall'esperienza dei lavori, l'Anac rinnova l'affermazione secondo la quale, nei contratti a

La caratteristica del contratto a corpo: il trasferimento del rischio quantità sull'appaltatore.



I limiti nel trasferimento del rischio



La rilevanza quantitativa delle modifiche



corpo, secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza civile fatto proprio dall'Autorità, il principio dell'immodificabilità del prezzo non è assoluto ed inderogabile, ma trova un limite nella pedissequa rispondenza dell'opera da eseguire ai disegni esecutivi ed alle specifiche tecniche forniti dalla stazione appaltante, sulla base dei quali l'offerente ha eseguito i propri calcoli e le proprie stime economiche e si è determinato a formulare la propria offerta, ritenendola congrua e conveniente rispetto alle prestazioni da eseguire.

Infatti, continua l'Autorità, soltanto se l'opera da eseguire è descritta in modo preciso, sulla base di un progetto dettagliato che include tutti gli elaborati necessari, il concorrente è in grado di presentare un'offerta di ribasso rispetto all'importo individuato dalla stazione appaltante a "corpo" e potrà sopportare il rischio delle quantità rispetto al prezzo pattuito senza che ciò legittimi la trasformazione dell'appalto in un contratto aleatorio e ciò anche tenendo conto degli obblighi di correttezza e buona fede che discendono dagli artt. 1175 e 1375 c.c..

A supporto di tale affermazione l'Autorità richiama due suoi precedenti interventi, costituiti dalle deliberazioni n. 51, del 21 febbraio 2002, e 18 del 12 novembre 2014.

Conseguenza degli affermati presupposti è che, testualmente, **se l'incremento dei lavori da eseguire risulti di rilevante entità** e derivi da carenze quantitative e qualitative della progettazione originaria, l'appaltatore ha diritto ad un compenso ulteriore per i lavori aggiuntivi eseguiti su richiesta del committente o per effetto di varianti, il quale dev'essere calcolato "a misura" limitatamente alle quantità variate; in tal senso sono richiamate le affermazioni che la Corte di Cassazione ha reso in sede civile, con sentenza della Prima Sezione n. 9246, in data 7 giugno 2012, e con ordinanza n. 22268, del 25 settembre 2017.

Ne deriva l'ulteriore considerazione secondo la quale *la circostanza che, nell'appalto a corpo, il corrispettivo sia fisso ed invariabile non esclude ... che le prestazioni introdotte in variazione dell'originaria prestazione debbano essere, comunque, oggetto di autonomo apprezzamento, con conseguente erogazione del corrispondente corrispettivo.*

Le affermazioni dell'Anac, estese dalla stessa agli incarichi di progettazione, direzione lavori ecc., si basano in maniera evidente su un punto di fondamentale importanza: il fatto di trasferire validamente il rischio quantità sull'appaltatore è funzione della possibilità che a quest'ultimo venga data di adeguatamente valutare il rischio da assumere, ciò che a sua volta rinvia al grado di completezza e definizione degli elementi che all'appaltatore il committente, rende correttamente disponibili nel momento dell'assunzione della relativa obbligazione (leggi formulazione dell'offerta).

Laddove tale condizione manchi, il rischio delle quantità non può ritenersi validamente assunto dall'operatore economico, a meno di non trasformare il contratto di appalto da negozio a prestazioni corrispettive in aleatorio.

Il fondamento giuridico della posizione è individuato negli articoli 1175 e 1375 del codice civile dove si afferma che le parti devono comportarsi secondo correttezza e buona fede nelle trattative che precedono la formalizzazione del vincolo contrattuale, così come nell'esecuzione dello stesso.

Secondo l'ordinanza della Corte di Cassazione in sede civile, n. 22268, del 25 settembre 2017, e le ulteriori decisioni ivi richiamate, in tema di appalto di opere pubbliche a corpo o "a forfait", il prezzo convenuto è fisso ed invariabile ... *ove risulti rispettato dalle parti di quel rapporto l'obbligo di comportarsi secondo buona fede giusta l'art. 1375 cod. civ. e, dunque, siano stati correttamente rappresentati dall'appaltante tutti gli elementi che possono influire sulla previsione di spesa dell'appaltatore.* A questo punto la domanda è entro quali limiti la

La rilevanza dei principi espressi dal codice civile...



modifica in corso di esecuzione delle prestazioni commissionate a corpo può assumere rilevanza tale da rompere il vincolo forfettario configurando semmai ex post la violazione dei citati principi di correttezza e buona fede.

In altri termini può uno spostamento contenuto delle prestazioni contrattuali, in ipotesi del 5% rispetto all'importo contrattuale, vanificare l'impegno a sopportare il rischio quantitativo assunto con la stipulazione dell'accordo con previsione a corpo?

Soccorre in tal senso l'art. 1661 del codice civile, specifico per la disciplina degli appalti, inclusi come è noto quelli di servizi, dove si afferma che *il committente può apportare variazioni al progetto, purché il loro ammontare non superi il sesto*

del prezzo complessivo convenuto. L'appaltatore - continua la pertinente regola civilistica - ha diritto al compenso per i maggiori lavori eseguiti, anche se il prezzo dell'opera era stato determinato globalmente (espressione che equivale a quella utilizzata dall'art.3, lett. dddd) del d.lgs. n. 50 del 2016, "a corpo", ovvero a forfait, a prezzo chiuso o secondo altra formula variamente definita a livello contrattuale.

Il codice civile è quindi chiaro nel fissare i limiti entro i quali la statuizione di un corrispettivo a corpo può validamente vincolare le parti che l'abbiano sottoscritta; ciò a meno che non vengano espressamente indicati e sottoscritti termini quantitativi diversi.

La disciplina civilistica, del resto, ancorché in via sussidiaria concorre alla regolazione dei contratti pubblici. Così dispone, infatti, l'articolo 30, comma 8, del vigente codice dei contratti pubblici secondo il quale *... per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile.*

Nello stesso senso si esprime anche la bozza del nuovo codice, messa a punto dal Consiglio di Stato su mandato del precedente

Governo, attualmente in fase di ulteriore elaborazione in vista dell'adozione finale entro giugno 2023; l'art.12 del testo ad oggi disponibile

...che integrano la disciplina pubblicistica



prevede testualmente che *per quanto non espressamente previsto nel codice alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile.*

Anche la disciplina pubblicistica pone limiti al trasferimento del rischio sulle quantità



Sulla configurabilità anche in sede pubblicistico di limiti generali al trasferimento all'appaltatore del rischio riguardante i profili quantitativi delle prestazioni commissionate dispone l'art.106, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016, che fissa tale limite al 20% dell'importo contrattuale.

La richiamata previsione, infatti, dispone che qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto, la stazione appaltante può imporre all'appaltatore l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario. In tal caso - quindi solo entro tale ammontare - l'appaltatore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto.

Il limite non è solo quantitativo, nel senso che al di là dell'entità delle prestazioni, aggiunte o sottratte, il vincolo dell'obbligazione contrattuale assunta è superato anche laddove le prestazioni richieste risultino diverse da quelle in origine commissionate, ovvero siano da considerare extracontrattuali, circostanza alla quale consegue la necessità di rinegoziare l'accordo.

L'attività riguardante l'esecuzione di rilievi, accertamenti e indagini, potrebbe essere a buon diritto considerata extra contrattuale, quindi non inclusa nel forfait, come del resto dimostra di ritenere il comunicato Anac di cui qui si discute.

Ciò, si aggiunge, a meno di una espressa e definita previsione contrattuale in senso diverso, posto che rispetto ad un appalto avente ad oggetto le attività di progettazione e/o di servizi tecnici in genere tali prestazioni costituiscono attività diverse rispetto a quelle professionali considerate dalla tariffa di

cui al DM 17 giugno 2016, che in effetti non le contempla. Anche i quadri economici degli investimenti, del resto, danno ad esse autonoma e distinta considerazione rispetto alla progettazione, come riportato, ad esempio, nel tuttora vigente

art.16 del regolamento del precedente codice appalti, di cui al dpr 21 dicembre 2010, n.207.

Tra le variazioni quantitative sembra viceversa doversi ricondurre il caso in cui il titolare dell'appalto abbia già provveduto nei termini contrattuali pattuiti a redigere i computi metrici estimativi di progetto o la contabilità dei lavori sulla base dei prezziari vigenti al momento della loro redazione, e le amministrazioni committenti richiedano di provvedere ulteriormente, in ragione dell'aggiornamento dei prezzi d'appalto dei lavori o di pagamento degli stessi disposto in via straordinaria dal decreto legge n. 50 del 2022.

La natura extracontrattuale rispetto alla progettazione delle attività di rilievo, accertamento ed indagine



A parte è da considerare il caso in cui il committente abbia dubbi

circa la completezza e la reale consistenza delle prestazioni che si accinge a richiedere al mercato, e proprio per questo motivo si determini per l'affidamento a corpo onde trasferire al privato detta alea.

Una scelta di questo tipo sarebbe del tutto censurabile in applicazione degli evocati principi di correttezza e buona fede fissati dal codice civile, in quanto in presenza di tali circostanze il committente sarebbe tenuto ad operare esattamente in senso opposto, cioè optando per la diversa formula dell'appalto a misura.

L'aggiornamento dei prezzi d'appalto dei lavori già definiti e/o la rivalutazione dei SAL



La regola appare facilmente desumibile in base a quanto previsto dall'articolo 43, comma 9, del dpr n. 207 del 2010, secondo il quale per i lavori il cui corrispettivo è fissato *in parte a corpo e in parte*

a misura, la parte liquidabile a misura riguarda le lavorazioni per le quali in sede di progettazione risulta eccessivamente oneroso individuare in

maniera certa e definita le rispettive quantità. Tali lavorazioni sono indicate nel provvedimento di approvazione della progettazione esecutiva con puntuale motivazione di carattere tecnico e con l'indicazione dell'importo sommario del loro valore presunto e della relativa incidenza sul valore complessivo assunto a base d'asta.

Il punto è chiaro: solo quando l'ambito è certo e definito, nella specie quello delle opere da progettare, il rischio quantità può essere trasferito in modo legittimo; laddove così non è, non può certo farsene carico controparte assumendo un'alea incontrollabile.

Le conclusioni cui giunge l'Anac risultano quindi coerenti con le premesse.

In tal senso, ad integrazione dei contenuti della linea guida n.1 sull'affidamento dei servizi relativi

Obbligo di appaltare a misura ove vi sia incertezza sull'entità delle prestazioni da affidare



all'architettura ed all'ingegneria, l'Autorità precisa che non solo è necessario che la documentazione di gara riporti l'elenco dettagliato delle prestazioni oggetto dell'incarico e i relativi corrispettivi definiti secondo i criteri di cui al DM 17 Giugno 2016, ma che qualsiasi prestazione non considerata in modo espresso deve ritenersi al di fuori del vincolo contrattuale disposto *a corpo* e potrà essere richiesta in corso di esecuzione nei limiti in cui è consentito all'amministrazione

esercitare lo *ius variandi*.

Pertanto anche le richieste di aggiornamento del computo metrico estimativo di progetto o della contabilità dei lavori che pervengano successivamente alla loro redazione e consegna entro i termini contrattuali pattuiti devono considerarsi attività aggiuntive che devono essere remunerate in modo corrispondente alle ulteriori attività effettivamente svolte.

Pareri & Sentenze



Consiglio di Stato, Sez. V, 29/11/2022, n. 10504

"Soltanto ad una falsa dichiarazione (intesa come immutatio veri) potrebbe conseguire l'automatica esclusione dalla procedura di gara"

"La giurisprudenza amministrativa ha quindi affermato che l'omissione dichiarativa, in particolare, può rilevare solo ove possa predicarsene l'“attitudine decettiva”, ossia l'idoneità a sviare l'Amministrazione nell'adozione di provvedimenti concernenti la procedura di gara; tanto implica che, comunque, la stazione appaltante è tenuta a svolgere una previa valutazione discrezionale dell'effettiva incidenza della falsità o della omissione sull'affidabilità dell'operatore, essendole per contro impedito di procedere alla esclusione sic et simpliciter per il solo fatto della non aderenza al vero o della omissione della dichiarazione dovuta. Pertanto, soltanto ad una falsa dichiarazione (intesa come immutatio veri) potrebbe conseguire l'automatica esclusione dalla procedura di gara, mentre ogni altra condotta, omissiva o reticente, dell'operatore economico, finalizzata all'adozione di provvedimenti concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, comporta l'esclusione dell'operatore economico dalla procedura solo in forza di un apprezzamento da parte della stazione appaltante che sia di prognosi sfavorevole sull'affidabilità dello stesso: trattandosi di valutazione ampiamente discrezionale, alla sua mancanza non può ovviare il giudice amministrativo, il quale, in applicazione del divieto di pronunciarsi con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati ex art. 34, comma 4, Cod. proc. amm. e in considerazione dell'eccezionalità della giurisdizione di merito, ammessa nelle sole ipotesi tassativamente previste dalla legge, non può sostituirsi alla stazione appaltante nella valutazione di affidabilità professionale dell'operatore economico."

TAR Lombardia Brescia, Sez. I, 23/11/2022, n. 1182

"La modifica dei costi della manodopera - introdotta nel corso del procedimento di verifica dell'anomalia - comporta un'inammissibile rettifica di un elemento costitutivo ed essenziale dell'offerta economica"

"Per giurisprudenza consolidata, infatti, la modifica dei costi della manodopera - introdotta nel corso del procedimento di verifica dell'anomalia - comporta un'inammissibile rettifica di un elemento costitutivo ed essenziale dell'offerta economica, che non è suscettibile di essere mutato nell'importo, al pari degli oneri aziendali per la sicurezza, pena l'incisione degli interessi pubblici posti a presidio delle esigenze di tutela delle condizioni di lavoro e di parità di trattamento dei concorrenti, come imposte dall'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016 (ex multis, Consiglio di Stato sez. V, 28 febbraio 2020, n.1449), con la precisazione che nell'ambito della procedura de qua «sono consentite compensazioni tra sottostime e sovrastime di talune voci dell'offerta economica, senza che ciò determini una modifica del punctum individuationis dell'offerta» (ex multis Consiglio di Stato sez. V, 16 marzo 2020, n.1873).

Nello specifico, la giurisprudenza ritiene possibile procedere a compensazioni tra sottostime o sovrastime o, comunque, a modifiche delle voci di costo indicate negli stessi giustificativi, purché l'entità dell'offerta economica rimanga ferma in ossequio alla regola di immodificabilità dell'offerta (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 28 febbraio 2020, n. 1449), e le singole voci di costo siano modificate solo per sopravvenienze di fatto o normative che comportino una riduzione dei costi o per originari comprovati errori di calcolo o per altre plausibili ragioni (Consiglio di Stato, sez. V, 16 marzo 2020, n. 1874;): fermo restando che non è possibile rimodulare le voci di costo senza alcuna motivazione e al solo scopo di "far quadrare i conti" ossia per assicurarsi che il prezzo complessivo offerto resti immutato ma siano superate le contestazioni sollevate dalla stazione appaltante su alcune voci di costo (Consiglio di Stato, V, 22 maggio 2015, n. 2581).

Il sub-procedimento di verifica dell'anomalia non ha, infatti, quale obiettivo la riparametrazione dell'offerta alla luce delle sollecitazioni provenienti dalla stazione appaltante, ma quello di verificare la serietà dell'offerta già formulata, pena la palese violazione del principio della par condicio tra i concorrenti (Consiglio di Stato, sez. V, 4 giugno 2020, n. 3528)."

TAR Campania, Napoli, Sez. II, 18/11/2022, n. 7131

La valutazione di congruità del costo della manodopera risulta necessaria anche nell'ipotesi in cui l'offerta non sia considerata anomala

"- la valutazione di congruità del costo della manodopera, per il profilo della garanzia del salario minimo oggetto di contrattazione collettiva, costituisce adempimento necessario, non solo al fine di verificare l'idoneità della forza lavoro indicata in offerta rispetto alla corretta e completa esecuzione della proposta progettuale presentata, ma soprattutto a garanzia dell'equa retribuzione del personale ivi impiegato, trattandosi di diritto costituzionalmente riconosciuto;

- tale valutazione, sebbene frequentemente condotta nell'ambito del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta ai sensi dell'art. 97 del D.Lgs. n. 50 del 2016, mantiene in ogni caso una propria autonoma ratio rispetto a quest'ultima, risultando necessaria anche nell'ipotesi in cui l'offerta non sia considerata anomala (T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. II, 19 maggio 2021, n. 502);"

Consiglio di Stato, Sez. V, 10/11/2022, n. 9864

Non è ammessa la modifica dell'RTI in caso di perdita dei requisiti speciali da parte di un componente il raggruppamento

"... deve ritenersi che i commi 17-19-ter dell'art. 48 del D.Lgs. n. 50/2016), così come interpretati dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato di recente in quattro pronunce (del 27.3.2019, n. 6, del 27.5.2021, nn. 9 e 10 e, da ultimo, del 25.1.2022, n. 2), non ammettano la possibilità di apportare modifiche soggettive alla compagine di un RTI in caso di sopravvenuta perdita dei requisiti speciali di partecipazione (nella specie dell'attestazione SOA), essendo la sostituzione interna limitata all'ipotesi in cui una delle componenti del raggruppamento perda i requisiti generali di partecipazione di cui all'art. 80 del Codice, anche in corso di gara, e dovendo ritenersi che le esigenze organizzative per l'operatività di un RTI in riduzione non possano venire in rilievo laddove si debba per contro fronteggiare alla perdita in capo ad una delle imprese del costituendo RTI dei requisiti speciali di partecipazione."

Tar Campania, Sez. VIII, 02/11/2022, n. 6802

Sui compiti e i limiti della commissione giudicatrice

"... la giurisprudenza ha chiarito che l'adozione dei provvedimenti di esclusione e di aggiudicazione spetti al RUP e non all'organo straordinario della commissione che ha compiti di ausilio e di supporto del RUP medesimo (Consiglio di Stato sez. V, 07/10/2021, n.6706; Consiglio di Stato sez. VI, 08/11/2021, n.7419) ... Con maggiore impegno esplicativo, va rilevato che l'art. 77 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ("Commissione giudicatrice") statuisce: "nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta di esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto"...È, dunque, preclusa alla commissione giudicatrice ogni altra attività che non sia di giudizio in senso stretto, compresa, in particolare, la verifica della regolarità delle offerte e della relativa documentazione; la quale, ove sia stata in concreto svolta (normalmente, su incarico dell'amministrazione, ma anche in mancanza di specifico incarico), deve essere poi verificata e fatta propria della stazione appaltante" (Consiglio di Stato sez. V, 12/02/2020, n.1104).

Tale principio vale, evidentemente, anche per l'aggiudicazione rispetto alla quale le norme di riferimento sono chiare nell'attribuire la competenza alla stazione appaltante e non alla commissione (v. art. 32 co. 5 d.lgs. 50/2016)."

Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, Sezione giurisdizionale, 25/10/2022, n. 1099

"l'articolo 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 deve essere disapplicato, per contrasto con il diritto dell'Unione europea, nella parte in cui prevede che la mandataria di un'a.t.i. debba in ogni caso possedere i requisiti "in misura maggioritaria""

"come affermato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea con la citata sentenza del 28 aprile 2022 (causa C-642/20): "L'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale secondo la quale l'impresa mandataria di un raggruppamento di

operatori economici partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria". ... Pertanto, stante la primazia del diritto euro-unitario – così come interpretato dalla CGUE – rispetto al diritto nazionale, l'articolo 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 deve essere disapplicato, per contrasto con il diritto dell'Unione europea, nella parte in cui prevede che la mandataria di un'a.t.i. debba in ogni caso possedere i requisiti "in misura maggioritaria", e, allo stesso modo ed a fortiori, deve essere disapplicato l'art. 7.4, ultimo periodo, del disciplinare di gara, laddove prevede che i requisiti di capacità tecnica e professionale debbano essere posseduti "per intero dalla mandataria". ... Stante la disapplicazione dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 7.4, ultimo periodo, della lex specialis nei sensi sopra esposti, deve essere respinto il primo motivo del ricorso principale di primo grado, con il quale veniva lamentata la violazione dei predetti parametri normativi che devono essere invece disapplicati."

TAR Emilia Romagna, Sez. I, 25/10/2022, n. 833

"Il ruolo di RUP è di regola compatibile in astratto con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice"

"La giurisprudenza è ormai però oggi consolidata nel senso di escludere una incompatibilità automatica per il cumulo delle funzioni, per essere, invece, indispensabile procedere ad una valutazione caso per caso che tenga conto dell'esistenza di una qualche comprovata ragione di interferenza o condizionamento, con la necessaria precisazione per la quale né l'una, né l'altra, può desumersi dal fatto che lo stesso soggetto abbia svolto funzioni nelle fasi della predisposizione della legge di gara e della sua concreta applicazione, ribaltandosi altrimenti il rapporto tra principio generale ed eccezione, in quanto spettanti al RUP normalmente gli atti della procedura (in tal senso Consiglio di Stato, sez. III, 26 ottobre 2018, n. 6082, secondo cui l'aggiunta apportata all'art. 77 c. 4 del codice dei contratti pubblici ("La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura") costituisce null'altro che il recepimento legislativo di un orientamento formatosi già nella vigenza del precedente codice (Consiglio di Stato, sez. V, 27 luglio 2019, n. 5308; Id. 14 gennaio 2019, n. 283). ... Va pertanto confermato il principio per cui il ruolo di RUP è di regola compatibile in astratto con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice, dovendo l'eventuale incompatibilità accertarsi in concreto, con onere a carico di chi la contesta, allegando elementi concreti, sintomatici di un'interferenza tra le funzioni assegnate al RUP e quelle della Commissione di gara, tali da compromettere l'imparziale svolgimento dell'incarico di membro della commissione da parte della stessa persona che ha assunto le funzioni di RUP (ex multis, T.A.R. Veneto, sez. I, 7 luglio 2017, n. 660; Consiglio di Stato, sez. V, 23 marzo 2015, n. 1565)."

Autorità Nazionale Anticorruzione

**DELIBERA N. 537 del 16 Novembre 2022
PREC 111/2022/F**

"Appalto pubblico – Forniture – Scelta del contraente – Procedura – Negoziata senza previa pubblicazione del bando – Infungibilità – Accertamento – Indagine di mercato – Finalità – Ricerca di requisiti identici – Illegittimità – Ragioni."

"È illegittima l'indagine di mercato propedeutica alla procedura negoziata di cui all'art. 63, comma 2, lett. b), che non è volta a verificare l'impossibilità di ricorrere a fornitori o soluzioni alternative, ma mira esclusivamente alla ricerca di un operatore da cui acquisire un sistema con requisiti tecnici identici a quello

già utilizzato (nel caso di specie, il richiamo alla tecnologia già utilizzata, ha portato a priori ad assumere un unico parametro di riferimento, restringendo il perimetro delle indagini e causando un'istruttoria incompleta e carente)"

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 527 del 2 novembre 2022****PREC 148/2022/LS - PB**

"Appalto pubblico – Appalto misto – Offerta - Oneri aziendali in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro – Obbligo di indicazione in sede di offerta – Impossibilità materiale di indicazione – Soccorso Istruttorio – Condizioni"

"L'offerta economica deve indicare obbligatoriamente e separatamente i costi della manodopera in virtù di un obbligo legale previsto dall'articolo 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016. I costi della manodopera che non siano stati indicati con l'offerta economica non sono suscettibili di integrazione in gara in occasione delle giustificazioni rese ai sensi dell'articolo 97, né in sede di soccorso istruttorio ai sensi dell'articolo 83, comma 9. Ove tuttavia sussista una "materiale impossibilità" che non consenta agli offerenti di indicare separatamente quei costi e derivante da circostanze idonee a "generare confusione" in capo agli offerenti, la stazione appaltante può chiedere ai concorrenti di specificare successivamente, nell'ambito delle offerte economiche già formulate e da ritenersi non suscettibili di alcuna modifica, la parte di importo imputabile ai costi della manodopera."

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 524 del 2 novembre 2022****PREC 124/2022/L**

"Appalto pubblico – In genere – Soggetti partecipanti – Raggruppamento temporaneo di imprese – Quote di qualificazione e di esecuzione – Impresa mandataria – Quota maggioritaria – Singola categoria – Inammissibile"

"A seguito della sentenza della Corte di Giustizia C-642/20 del 28 aprile 2022, non è esigibile in base alla vigente normativa che l'impresa capogruppo debba possedere i requisiti di partecipazione in misura maggioritaria, né con riferimento all'intero appalto, né con riferimento alla singola categoria di cui esso si compone, né tanto meno che debba eseguire le prestazioni in misura maggioritaria, ferma restando la possibilità per le stazioni appaltanti di prevedere, nei bandi di gara, che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente da un partecipante al raggruppamento. Rimane fermo il principio secondo cui la suddivisione delle quote di esecuzione tra le imprese raggruppande deve essere effettuata entro il limite dei requisiti di partecipazione posseduti da ciascuna."

A Domanda Rispondiamo

A.
D.
R.

1

E' consentito il subappalto negli appalti misti contemplati dall'art. 28 del d.lgs. 50/16?

L'art. 28, comma 1, del d.lgs. 50/2016 stabilisce che "L'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto".

In caso di contratti misti, pertanto, l'operatore economico concorrente in gara deve possedere tutti i requisiti e le capacità correlate ad ogni singola prestazione, quale oggetto del contratto, senza nessuna esclusione. In questi tipi di contratti il subappalto non è del tutto vietato, ma è necessario che l'operatore economico sia in possesso di tutti i requisiti previsti per ogni tipologia di prestazioni di cui si compone l'appalto. Dal combinato disposto degli artt. 28 e 105 del Codice, si deve ritenere che nei contratti misti sia consentito il ricorso al subappalto facoltativo, inoltre, non sembra potersi escludere il ricorso al cosiddetto subappalto qualificante, in relazione a ciascuna categoria di prestazione oggetto dell'affidamento, purché in possesso dei requisiti atti a garantire lo svolgimento in proprio della percentuale di prestazione che, secondo la specifica disciplina di gara per le forniture e i servizi, o nei limiti della norma non è subappaltabile.

2

Per l'aggiudicazione degli appalti ad alta intensità di manodopera o relativi ai servizi sociali è possibile utilizzare il criterio di aggiudicazione di cui all'art. 95 comma 7 del codice?

L'art. 95 co. 3 del d.lgs. n. 50/2016 prevede che i contratti relativi ai servizi sociali e ai servizi ad alta intensità di manodopera sono aggiudicati esclusivamente in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata secondo il miglior rapporto qualità/prezzo. Analoga previsione è dettata dal co. 5-septies dell'art. 142 del d.lgs. n. 50/2016, che disciplina l'affidamento degli appalti dei servizi di cui all'Allegato IX del Codice dei contratti pubblici. La ratio della scelta legislativa è quella di escludere per alcune tipologie di servizi il ricorso al criterio del prezzo più basso, onde evitare, in settori particolarmente sensibili, il rischio che l'eccessivo abbattimento dei costi si traduca in affidamenti incapaci di garantire non soltanto un accettabile livello qualitativo delle prestazioni, ma anche il rispetto dei diritti dei lavoratori impiegati dall'appaltatore.

Se così è, non sembra che alle stazioni appaltanti possa considerarsi precluso l'utilizzo, con riferimento alle tipologie di servizi in questione, della facoltà – consentita dall'art. 95 co. 7 d.lgs. n. 50/2016 – di limitare il confronto concorrenziale ai soli profili qualitativi delle offerte, azzerando il peso della componente "prezzo". Detto criterio non rappresenta, infatti, un *tertium genus* alternativo a quelli del prezzo più basso e del miglior rapporto qualità/prezzo, bensì una specificazione di quest'ultimo, e appare allo stesso modo idoneo a prevenire i rischi di ribassi eccessivi che il legislatore, nei settori considerati, ha inteso scongiurare (**Cfr. TAR Firenze, 04.10.2021 n. 1260**).

3

Come si conduce la verifica del costo della manodopera indicato dagli operatori economici?

Il Tar Campania Salerno, Sez. I, 08/04/2021, con sentenza n. 867 ha stabilito che *"la verifica del costo della manodopera, mira ad accertare la congruità dello stesso sulla base non dell'affermato rispetto delle garanzie retributive dei lavoratori ma delle caratteristiche specifiche dell'impresa e dell'offerta, considerando in concreto il numero di lavoratori impiegati per l'esecuzione delle opere previste in contratto, distinti per inquadramento e ore di utilizzo, al fine di determinare il costo orario delle maestranze destinate all'esecuzione dell'appalto e verificare così il rispetto dei parametri salariali di riferimento indicati nelle tabelle ministeriali di cui all'art. 23, comma 16, del d.lgs. n. 50/2016, richiamato dall'art. 97, comma 5, lett. d, del medesimo decreto, ai fini della verifica del costo della manodopera condotta contestualmente o separatamente da una verifica di congruità complessiva dell'offerta."* Il Tar conclude la sua analisi precisando che tale operazione *"non può limitarsi semplicemente alla verifica dell'incidenza percentuale del costo complessivo della manodopera sulle singole lavorazioni, confrontandola con quella riscontrabile nell'ambito del mercato di riferimento, ma deve andare a considerare anche le particolarità della singola impresa e della singola offerta al fine di accertare che il costo complessivamente indicato inglobi effettivamente trattamenti salariali non inferiori ai minimi previsti per i singoli lavoratori impiegati."*

4

Con quali modalità le stazioni appalti procedono alla verifica dei requisiti di cui all'art. 80 del d.lgs. 50/16 nei confronti di operatori economici extra UE?

Sull'argomento si è espresso il MIMS con il parere n. 1359 del 14/06/2022 secondo il quale, ai fini dello svolgimento delle verifiche sui requisiti di partecipazione, l'art. 86 del Codice reca un elenco tassativo di mezzi di prova che possono essere chiesti direttamente agli operatori economici, ponendo, per il resto, in capo alle stazioni appaltanti l'onere di ricercare i documenti probatori d'ufficio. *"In assenza di disposizioni codicistiche specifiche in ordine alla verifica della sussistenza dei requisiti di partecipazione in capo agli operatori economici non aventi sede legale in uno dei Paesi membri dell'UE, si ritiene applicabile l'art. 3 del D.P.R. n. 445/2000: in particolare, gli stati, le qualità personali e i fatti, sono documentati mediante certificati o attestazioni rilasciati dalla competente autorità dello Stato estero, corredati di traduzione in lingua italiana autenticata dall'autorità consolare italiana che ne attesta la conformità all'originale, dopo aver ammonito l'interessato sulle conseguenze penali della produzione di atti o documenti non veritieri. In alternativa, si ritiene opportuno chiedere direttamente al soggetto interessato la produzione di una dichiarazione giurata resa dinanzi all'autorità giudiziaria o amministrativa competente, a un notaio o a un organismo professionale qualificato a riceverla nel Paese di origine o di provenienza."*

5

A carico del socio persona giuridica sussiste l'obbligo dichiarativo di cui all'art. 80 del codice dei contratti pubblici? 50/16 nei confronti di operatori economici extra UE?

Il comma 3 dell'art. 80 del codice dei contratti pubblici individua i soggetti nei cui confronti operano le cause di esclusione previste dai precedenti commi 1 e 2 – e sui quali quindi devono essere effettuati i controlli – in base alla forma giuridica dell'operatore economico. Un tema dibattuto è quello inerente al socio persona giuridica. Il socio persona fisica è richiamato da questa fattispecie astratta quando si riferisce ai controlli sulle società a socio unico, ma, al contrario, l'articolo 80 comma 3 del Codice non cita mai la figura del socio nella veste di persona giuridica. La situazione è controversa poiché da sempre si oppongono due orientamenti, lasciando alle stazioni appaltanti, la scelta di estendere i controlli anche ai soci non persone fisiche e, di conseguenza, richiedere in gara agli operatori le dichiarazioni sul possesso dei requisiti di ordine generale rispetto a tali soggetti. Da un lato, parte della dottrina e della giurisprudenza sostengono l'opportunità di verificare anche le persone giuridiche, al fine di garantirne l'integrità morale alla pari del concorrente persona fisica. Dall'altra parte vi è chi ha sempre sposato l'interpretazione strettamente letterale della norma, sostenendo che le persone giuridiche non sarebbero da sottoporre a controllo, in virtù del rapporto di immedesimazione organica tra il soggetto interessato e impresa concorrente.

Recentemente, il Consiglio di Stato - sez. V- con sentenza n. 7795 del 7-09-2022 si è pronunciato in riferimento al caso del socio unico persona giuridica, affermando che la disposizione dell'art. 80, comma 3, non è riferita o riferibile al "socio unico persona giuridica". In ragione di questo, del principio di tassatività delle cause di esclusione nonché del correlato principio di "stretta interpretazione" della norma, senza possibilità di estensione analogica, in quanto limitative della libertà di concorrenza, sarebbe illogico estendere gli obblighi in discussione al caso del socio di

maggioranza persona giuridica quando la stessa norma, per il caso di socio unico, li richiede per la sola persona fisica (cfr. ex multis Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sentenza n. 179/2016; Tar Piemonte, Torino, sez. I, del 29 gennaio 2018 sentenza n. 124). Sul punto al momento è assolutamente controversa e pertanto è rimessa alle stazioni appaltanti la delicata decisione sul se controllare o meno anche il socio di maggioranza persona giuridica in società con un numero di soci pari o inferiore a quattro.

I divieto di cui all'articolo 95 comma 14 bis del codice secondo cui le stazioni appaltanti non possono attribuire alcun punteggio per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta, è applicabile agli appalti di servizi?

6

Secondo un costante e prevalente orientamento giurisprudenziale il divieto previsto dall'art. 95, comma 14-bis, del codice dei contratti pubblici di attribuire punti «per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta», è applicabile ai soli contratti di appalto pubblico di lavori. I servizi, invece, consistono in prestazioni di fare che possono avere contenuto svariato e in cui il carattere accessorio ed aggiuntivo di alcune di esse, secondo valutazioni di carattere ampiamente discrezionale, contribuiscono comunque a soddisfare gli interessi della stazione appaltante insieme alle prestazioni di carattere principale.

Per tale ragione il divieto di cui all'articolo 95 comma 14 bis non è applicabile agli appalti di servizi (**Cfr. ex multis Consiglio di Stato, Sez. III, 24/11/2022 sentenza n. 10366**).

7

Come devono essere valutate le risoluzioni contrattuali conclusesi mediante transazioni?

La transazione stipulata a seguito di risoluzione contrattuale disposta per grave inadempimento, pur impedendo l'accertamento giudiziale circa la legittimità o meno della risoluzione, comporta comunque il consolidamento del fatto storico all'origine dalla risoluzione medesima disposta dalla stazione appaltante e, potrebbe rilevare ai fini della valutazione dell'illecito professionale escludente. Per tali motivi deve essere oggetto di obbligo dichiarativo da parte del concorrente. In ogni caso giurisprudenza costante individua nell'arco temporale di tre anni il periodo entro cui una pregressa vicenda professionale negativa può comportare l'esclusione di un operatore economico dalle procedure di gara.

La risoluzione per inadempimento di un precedente contratto d'appalto (o le vicende giuridiche come le sentenze) può fondare una valutazione di inaffidabilità e non integrità dell'operatore per un periodo che non superi il triennio, dalla data di adozione della determinazione amministrativa di risoluzione unilaterale o del suo accertamento giurisdizionale (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 29 ottobre 2020 n. 6635; Consiglio di Stato, Sez. V, 5 marzo 2020, n. 1605).

8

Quali sono i vantaggi del fascicolo virtuale dell'operatore economico (FVOE)?

Il FVOE, sostituisce il sistema AVCPASS dal 09/11/2022 e consentirà alle stazioni appaltanti di utilizzare gli accertamenti già effettuati da altre stazioni appaltanti (attraverso una lista ad hoc di operatori economici verificati), per ammettere l'operatore economico alla gara velocizzando così, l'attività di verifica dei requisiti generali ma anche di capacità economico finanziaria e tecnico professionale. Non trascurabile e di notevole pregio in termini di tempistiche e di efficienza dell'attività amministrativa, la verifica della permanenza dei requisiti in corso di esecuzione del contratto in capo all'aggiudicatario e il controllo del possesso dei requisiti in capo al subappaltatore.

“Perimetro operativo delle offerte proposte in gara. La conformità alle condizioni richieste per soddisfare le esigenze della stazione appaltante ... atto secondo!”

IN
PIL
LOLE

L'indagine avviata sul perimetro operativo e pratico delle offerte in gara, nella precedente rubrica della rivista, stimola un supplemento di indagine. Ciò significa, andare a discutere del concetto di "equivalenza" e di "specifiche tecniche", approfondendo sulle previsioni che l'attuale codice traccia negli articoli 30 e 68, i quali dalla lettura sistematica, rammentano agli operatori del settore alcuni importanti assunti.

L'art. 30 al comma 1, prevede che: *“L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico”.*

L'art. 68 invece, ricorda che:

1. *Le specifiche tecniche ... omissis ... sono inserite nei documenti di gara e definiscono le caratteristiche previste per lavori, servizi o forniture. Tali caratteristiche possono inoltre riferirsi allo specifico processo o metodo di produzione o prestazione dei lavori, delle forniture o dei servizi richiesti, o a uno specifico processo per un'altra fase del loro ciclo di vita anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale, purché siano collegati all'oggetto dell'appalto e proporzionati al suo valore e ai suoi obiettivi.*

2. Omissis

3. Omissis ...

4. *Le specifiche tecniche consentono pari accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione e non devono comportare direttamente o indirettamente ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza.*

5. *Fatte salve le regole tecniche nazionali obbligatorie, le specifiche tecniche sono formulate secondo una delle modalità seguenti:*

a) *in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, comprese le caratteristiche ambientali, a condizione che i parametri siano sufficientemente precisi da consentire agli offerenti di determinare l'oggetto dell'appalto e alle amministrazioni aggiudicatrici di aggiudicare l'appalto;*

b) *mediante riferimento a specifiche tecniche e, in ordine di preferenza, alle norme che recepiscono norme europee, alle valutazioni tecniche europee, alle specifiche tecniche comuni, alle norme internazionali, ad altri sistemi tecnici di riferimento adottati dagli organismi europei di normalizzazione o in mancanza, alle norme, omologazioni tecniche o specifiche tecniche, nazionali, in materia di progettazione, calcolo e realizzazione delle opere e uso delle forniture. Ciascun riferimento contiene l'espressione «o equivalente»;*

c) *in termini di prestazioni o di requisiti funzionali di cui alla lettera a), con riferimento alle specifiche citate nella lettera b) quale mezzo per presumere la conformità con tali prestazioni o requisiti funzionali;*

d) *mediante riferimento alle specifiche tecniche di cui alla lettera b) per talune caratteristiche e alle prestazioni o ai requisiti funzionali di cui alla lettera a) per le altre caratteristiche.*

6. *Salvo che siano giustificate dall'oggetto dell'appalto, le specifiche tecniche non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare*

caratteristico dei prodotti o dei servizi forniti da un operatore economico specifico, né far riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti. Tale menzione o riferimento sono tuttavia consentiti, in via eccezionale, nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile applicando il comma 5. In tal caso la menzione o il riferimento sono accompagnati dall'espressione «o equivalente».

7. *Quando si avvalgono della possibilità di fare riferimento alle specifiche tecniche di cui al comma 5, lettera b), le amministrazioni aggiudicatrici non possono dichiarare inammissibile o escludere un'offerta per il motivo che i lavori, le forniture o i servizi offerti non sono conformi alle specifiche tecniche alle quali hanno fatto riferimento, se nella propria offerta l'offerente dimostra, con qualsiasi mezzo appropriato, compresi i mezzi di prova di cui all'articolo 86, che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche.*

8. *Quando si avvalgono della facoltà, prevista al comma 5, lettera a), di definire le specifiche tecniche in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, le amministrazioni aggiudicatrici non possono dichiarare inammissibile o escludere un'offerta di lavori, di forniture o di servizi conformi a una norma che recepisce una norma europea, a una omologazione tecnica europea, a una specifica tecnica comune, a una norma internazionale o a un sistema tecnico di riferimento adottato da un organismo europeo di normalizzazione se tali specifiche contemplano le prestazioni o i requisiti funzionali da esse prescritti. Nella propria offerta, l'offerente è tenuto a dimostrare con qualunque mezzo appropriato, compresi i mezzi di prova di cui all'articolo 86, che i lavori, le forniture o i servizi conformi alla norma ottemperino alle prestazioni e ai requisiti funzionali dell'amministrazione aggiudicatrice."*

Semplificando ai minimi termini, si comprende il punto focale del discorso.

Si può scongiurare ed evitare il rischio che un bene/servizio (questo l'ambito più frequente di operatività) proposto in gara, sia considerato *aliud pro alio* rispetto all'oggetto dell'appalto?

Rispondiamo guardando alla Giurisprudenza del periodo.

Interessante la pronuncia recente del TAR Lazio Roma, Sez. IV, 15.11.2022, n. 15002, il quale nella disamina afferma: "... In ossequio alle richiamate disposizioni, nonché ai principi di proporzionalità e massima apertura concorrenziale, è pacificamente affermato in giurisprudenza che: "le specifiche tecniche devono consentire agli operatori economici una parità di accesso alla procedura di aggiudicazione dell'appalto, e non possono comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. (...). Tale obbligo concretizza, nell'ambito della formulazione delle specifiche tecniche, il principio della parità di trattamento di cui all'articolo 18, paragrafo 1, primo comma, della suddetta direttiva. In virtù di tale disposizione, le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata. Come la Corte ha già statuito, i principi della parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza rivestono un'importanza determinante per quanto riguarda le specifiche tecniche, in considerazione dei rischi di discriminazione connessi sia alla scelta di queste ultime, sia al modo in cui sono formulate (v., per quanto riguarda la direttiva 2004/18, sentenza del 10 maggio 2012, Commissione/Paesì Bassi, C-368/10, EU:C:2012:284, punto 62). (...) L'osservanza di questi obblighi è ancor più importante quando, come nel caso di specie, le specifiche tecniche contenute nel capitolato d'oneri sono formulate in maniera particolarmente dettagliata. Infatti, più le specifiche tecniche sono dettagliate, più è elevato il rischio che siano privilegiati i prodotti di un dato fabbricante. In effetti, secondo la giurisprudenza in materia di appalti pubblici di forniture, il fatto di non aggiungere l'espressione «o equivalente» dopo l'indicazione, nel capitolato d'oneri, di un determinato prodotto non solo può dissuadere gli operatori economici che usano sistemi analoghi a tale prodotto dal partecipare alla gara d'appalto, ma può altresì ostacolare le correnti d'importazione nel commercio transfrontaliero all'interno dell'Unione, riservando l'appalto ai soli fornitori che si propongano di usare il prodotto specificamente indicato (v., in tal senso, ordinanza del 3 dicembre 2001, Vestergaard, C-59/00, EU:C:2001:654, punto 22 e giurisprudenza ivi citata). Alla luce delle suesposte considerazioni, spetta al giudice del rinvio verificare se, tenendo conto del margine di discrezionalità di cui dispone l'amministrazione aggiudicatrice nello stabilire le specifiche tecniche

secondo taluni requisiti qualitativi in funzione dell'oggetto dell'appalto in esame, il carattere particolarmente dettagliato delle specifiche tecniche di cui trattasi nel procedimento principale non abbia per effetto di favorire indirettamente un partecipante alla gara. È altresì importante che il grado di dettaglio delle specifiche tecniche rispetti il principio di proporzionalità, il che implica, in particolare, un esame della questione se tale grado di dettaglio sia necessario ai fini del raggiungimento degli obiettivi perseguiti" (Corte di giustizia europea, Sez. IX, 25/10/2018 n. C-413/17). Le coordinate normative e giurisprudenziali appena esposte inducono a ritenere preferibile, perché più rispettosa dei principi di proporzionalità, non discriminazione e tutela della concorrenza, un'interpretazione non formalistica, che eviti il meccanismo espulsivo allorché vi sia una sostanziale conformità dell'offerta al bando e risulti impossibile o comunque estremamente difficile reperire sul mercato prodotti che soddisfino tutte le caratteristiche richieste dalle specifiche tecniche; e ciò sempreché le "diverse" caratteristiche del prodotto offerto non abbiano consentito al concorrente di proporre un prezzo più vantaggioso e dunque di ottenere l'aggiudicazione proprio grazie a tale aspetto"

Interessante anche la pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. V, del 27 ottobre 2022 n. 9249, nella quale si legge che: "Allorché l'Amministrazione, nel predisporre gli atti di gara, abbia operato scelte non illogiche, in ragione del soddisfacimento di varie esigenze motivate di materiali aventi determinate caratteristiche, l'esercizio della sua discrezionalità tecnica è incensurabile in giudizio. Correttamente, pertanto, l'Amministrazione esclude dalla gara il concorrente allorché abbia verificato il contenuto dell'offerta tecnica accertando che sia stato offerto un aliud pro alio."

In sostanza si afferma che: "... i limiti dell'applicazione del principio di equivalenza individuati dalla giurisprudenza sono strettamente connessi alla sua ratio. In particolare, una volta rilevato che il principio è diretto ad evitare che le norme obbligatorie e le specifiche tecniche possano essere artatamente utilizzate per operare indebite esclusioni dalla gare pubbliche, fondate sul pretesto di una non perfetta corrispondenza delle soluzioni tecniche offerte con quelle richieste, ne viene come diretta conseguenza che esso, quale misura diretta ad assicurare che la valutazione della congruità

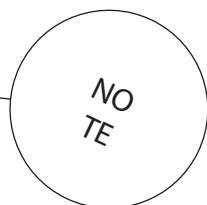
tecnica dell'offerta non si risolva in una verifica formalistica ma consista nell'apprezzamento della sua conformità sostanziale alle specifiche tecniche inserite nella lex specialis, non possa essere invocato per ammettere offerte tecnicamente inappropriate (Cons. Stato, III, 2 marzo 2018 n. 1316) o che comprendano soluzioni che, sul piano oggettivo funzionale e strutturale, non rispettino le caratteristiche tecniche obbligatorie, configurandosi come un aliud pro alio (Cons. Stato, V, 20 giugno 2022, n. 5027, III, 9 febbraio 2021, n. 1225/2021; V 25 luglio 2019, n. 5258; III, 28 settembre 2018, n. 5568). E nel caso di specie, in cui peraltro non si sostiene – e non è neanche oggettivamente rilevabile – che i requisiti minimi essenziali in parola costituiscano una irragionevole limitazione del confronto competitivo fra gli operatori economici, si realizza proprio questa ultima condizione."

La questione è stata attenzionata anche dalla Corte di Giustizia Europea, la quale con la sentenza del 27/10/2022, trattando di una questione specifica connessa all'omologazione dei veicoli a motore e relative componentistiche, specifica con rilevante precisione cosa possa o non possa essere accettato a titolo di prova dell'equivalenza dei prodotti proposti:

"1) L'articolo 10, paragrafo 2, l'articolo 19, paragrafo 1, e l'articolo 28, paragrafo 1, della direttiva 2007/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 settembre 2007, che istituisce un quadro per l'omologazione dei veicoli a motore e dei loro rimorchi, nonché dei sistemi, componenti ed entità tecniche destinati a tali veicoli (direttiva quadro), devono essere interpretati nel senso che: essi ostano a che un'amministrazione aggiudicatrice possa accettare, nell'ambito di una gara d'appalto avente ad oggetto la fornitura di componenti di ricambio per autobus destinati al servizio pubblico, un'offerta con cui vengono proposti componenti rientranti in un tipo di componente contemplato dagli atti normativi di cui all'allegato IV alla direttiva 2007/46, non accompagnata da un certificato che attesti l'omologazione di tale tipo di componente né da informazioni sull'effettiva esistenza di tale omologazione, a condizione che tali atti normativi prevedano una siffatta omologazione.

2) Gli articoli 60 e 62 della direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26

febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE, devono essere interpretati nel senso che: alla luce della definizione del termine «costruttore» di cui all'articolo 3, punto 27, della direttiva 2007/46, essi ostano a che un ente aggiudicatore, nell'ambito di una gara d'appalto avente ad oggetto la fornitura di componenti di ricambio per autobus destinati al servizio pubblico, possa accettare, come prova dell'equivalenza dei componenti contemplati dagli atti normativi di cui all'allegato IV alla direttiva 2007/46 e proposti dall'offerente, una dichiarazione di equivalenza rilasciata dall'offerente stesso, quando quest'ultimo non può essere considerato come il costruttore di tali componenti."



.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....



MEDIAAPPALTI

Guida pratica in materia di appalti pubblici

Mediappalti ora è disponibile on line

Abbonati su www.mediappalti.it

**Con soli 80 euro avrai accesso illimitato
per 12 mesi a tutti i contenuti della rivista**

MEDIAAPPALTI

Pubblicità: pubblicita@mediappalti.it

Servizio Abbonamenti: abbonamenti@mediappalti.it

**Medi
Graphic**

Redazione: Mediagraphic s.r.l.

Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta (BT)

Tel. 0883.527171 - Mail: redazione@mediappalti.it

i seminari in programma 2022

SEMI
NA
RI

A causa della complessa situazione che si è creata in seguito alla diffusione del Covid-19, e nel rispetto delle attuali indicazioni del Governo, il calendario dei corsi è in aggiornamento continuo.

Per conoscere le date aggiornate visitate il sito www.mediaconsult.it

Oggi ha una motivazione in più per seguire i nostri seminari. Sosteniamo insieme Save the Children: 10 euro della sua iscrizione li destiniamo al sostegno di bambini a distanza. Ci aiuti in questo progetto. Grazie



Un nuovo obiettivo: un senso profondo!



sulla
Corte dei Conti

Analisi di pareri e pronunce su questioni
attinenti all'attività contrattuale
ed in genere all'azione amministrativa
delle Stazioni appaltanti.

Medi
Graphic
MEDIAAPPALTI

Rubrica bimestrale
a cura di
Stefano Usai

dicembre
2022

allegato alla Rivista mensile
MediAppalti

sommario

Incentivi anche in caso di affidamento diretto ma con attività valutativa/comparazione (Corte dei Conti Sezione regionale Lombardia n. 173/2022)

1. Quesito
2. Lo scopo degli incentivi
3. L'istruttoria
4. I presupposti legittimanti
5. L'affidamento diretto preceduto da indagini di mercato e espletato con modalità comparative
6. La risposta

3

Nessun incentivo in caso di proroghe anche se espletate in attesa della gara vera e propria (Corte dei Conti, sezione regionale Sicilia deliberazione n. 181/2022)

- Premessa
1. Istruttoria
 2. Il riscontro

8

Fondo pluriennale vincolato e revisione del prezzo (Corte dei Conti, sezione regionale Lombardia n. 155/2022)

- Premessa
1. Il Fondo pluriennale vincolato

10

Incentivi anche in caso di affidamento diretto ma con attività valutativa/comparazione

1. Quesito

Alla sezione lombarda viene posto un quesito ricorrente ovvero della possibilità (o meno) di erogare gli incentivi per funzioni tecniche (art. 113 del Codice) utilizzando la fattispecie dell'affidamento diretto (art. 36, comma 2 lett. a) e ora, nel periodo emergenziale, art. 1, comma 2, lett. a) del DL 76/2020) nel caso in cui, però questo risulti articolato con una previa indagine di mercato (finalizzata alla individuazione del "lotto" degli operatori da invitare) e una procedura comunque comparativa per la scelta dell'affidatario.

Più nel dettaglio, il quesito mirava a conoscere se "sia possibile, ai fini dell'erogazione degli incentivi tecnici previsti dall'art.113 del d.lgs. 50/2016, **adottare un'accezione estesa del requisito della procedura comparativa necessaria alla corresponsione di tali incentivi, tale da includere anche forme di affidamento più ridotte e semplificate, quali quelle riferibili allo svolgimento di indagini di mercato e della comparazione concorrenziale tra più soluzioni negoziali che vincolano il committente alla valutazione tra le diverse offerte secondo canoni predeterminati, a contenuto più o meno complesso**, secondo la diversa tipologia e oggetto del contratto da affidare. Infatti, le modalità procedurali di cui all'art. 36, comma 2, lett. a), così come la disciplina derogatoria e temporanea introdotta dal DL n.76/2020, art.1, comma 2, lett. a) (affidamenti diretti), non precludono che l'affidamento del contratto possa essere preceduto dall'esperimento di procedure, sia pure semplificate, ma sostanzialmente di natura comparativa e, in ogni caso, nel rispetto dei principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità e rotazione di cui all'art. 30 del codice dei contratti (...)"

Ad un quesito ricorrente, però, il collegio fornisce una risposta maggiormente articolata rappresentando, pertanto, un importante e nuovo approdo che ammette la possibilità di erogare gli incentivi anche nel caso di utilizzo di forme di affidamento diretto.

2. Lo scopo degli incentivi

Prima di avviare l'istruttoria sul quesito la sezione si sofferma sullo scopo degli incentivi per funzioni tecniche.

Nella deliberazione in commento si rammenta che la previsione degli incentivi risulta "volta principalmente a favorire l'ottimale utilizzo delle professionalità interne ad ogni amministrazione" ed è finalizzata, fin dalla legge delega n. 11/2016 dell'attuale codice dei contratti, ad "incentivare l'efficienza e l'efficacia nel perseguimento della realizzazione e dell'esecuzione a regola d'arte".

Gli incentivi, in pratica, hanno una funzione premiale e incentivante per il personale, con il mirato scopo di accrescere l'efficienza e l'efficacia nella realizzazione ed esecuzione degli appalti, evitando dilatazione dei tempi e ricorso a varianti (in tal senso anche Anac delibera n. 74 del 16/02/2022 con ampi richiami; Cass. Civ., Sez. Lavoro n. 10222 del 28/05/2020; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, n. 862 del 14/04/2022)".

Più volte la magistratura contabile – si legge ancora nella delibera -, considera gli incentivi come un "complesso di compensi volti a remunerare prestazioni tipiche di soggetti individuati e individuabili, direttamente correlati all'adempimento dello specifico compito affidato ai potenziali beneficiari dell'incentivo" (Sezione delle Autonomie, delibera n. 6/2018/QMIG).

Un surplus di retribuzione che, in chiave premiale – e derogatoria rispetto al principio della onnicomprensività della retribuzione ordinaria – può essere riconosciuto (considerato che esige delle condizioni legittimanti) a dipendenti specificamente individuati – nell'apposito gruppo di lavoro che deve essere definito dal responsabile competente -, per lo svolgimento di prestazioni altamente qualificate che, ove fossero svolte invece da soggetti esterni, sarebbero da considerare prestazioni libero-professionali, con conseguente incremento dei costi in termini di incarichi e consulenze a valere sul bilancio dell'ente pubblico (cfr. SRC Lazio, delibera n. 60/2020/PAR; Sezione delle Autonomie, n. 10/2021/QMIG).

3. L'istruttoria

Concluso l'inquadramento generale la sezione contestualizza la questione degli incentivi in relazione agli appalti del sottosoglia comunitario per il quale il codice dei contratti, prima, e il decreto emergenziale poi (in particolare il DL 76/2020 come modificato dal DL 77/2021) prevedono forme semplificate di affidamento a seconda della soglia di importo.

In particolare l'art. 36 del Codice dei contratti pubblici (che oggi deve ritenersi "congelato" vista l'applicazione non facoltativa – come evidenziato dall'ANAC con il parere n. 13/2022 -, delle fattispecie ulteriormente semplificate previste dall'art. 1 del D.L. n. 76 del 2020, conv. in L. n.120/2020.

Il decreto in parola ha introdotto una disciplina emergenziale, temporanea (in quanto applicabile agli affidamenti la cui determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento siano adottati entro il 31 luglio 2021, termine da ultimo poi prolungato fino al 30 giugno 2023, in forza dell'art. 51 del

D.L. 31 maggio 2021, n. 77 conv. in L. 108/2021), prevedendo per appalti di modico valore forme procedurali semplificate e più "snelle" al fine di addivenire ad affidamenti in tempi rapidi.

Tale semplificazione ha quale presupposto - si legge nella deliberazione -, che l'efficacia della spesa pubblica possa rappresentare, in una congiuntura di particolare crisi economica, una forma di volano dell'economia (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 15/02/2022 n. 1108).

4. I presupposti legittimanti

L'apparato normativo semplificato, evidentemente, non ha inciso sui presupposti legittimanti per l'erogazione degli incentivi.

Sulla base di un orientamento consolidato, dei giudici contabili, l'erogazione degli incentivi può avvenire solo nel rispetto di condizioni ben specificate, ovvero con:

- 1) la previa adozione di un regolamento interno
- 2) in presenza di un accordo di contrattazione decentrata
- 3) **quando sia stata espletata una procedura comparativa per l'affidamento del contratto di lavoro, servizio o fornitura (o concessione).**

Quest'ultimo aspetto è proprio quello che, spessissimo, viene portato innanzi alla Corte dei Conti nel tentativo di chiarire se ed in quali limiti detta sottolineatura possa essere "superata".

Le Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, come evidenziato anche in altre circostanze, sono evidentemente **concordi nel ritenere che l'erogazione degli incentivi tecnici è legittima se, a monte, vi sia stato l'espletamento di una "gara" ovvero nei casi di ricorso, da parte dell'ente territoriale, ad una "procedura comparativa" strutturata sul modello disciplinato dall'art. 36, comma, 2, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016, che ha introdotto il c.d. "affidamento diretto mediato"** nonché nei casi di utilizzo dalle procedure negoziate senza bando prescritte dall'art. 1, comma 2, lett. b), del d.l. n. 76 del 2020 (cfr. ex multis SCR Sardegna n. 1/2022/PAR e n. 96/2022/PAR; SRC Liguria n. 59/2021/PAR).

In sostanza è assodato che il presupposto minimo è almeno un affidamento diretto mediato ovvero l'affidamento previa consultazione di preventivi (che non ha il rigore della vera e propria procedura negoziata).

Il previo esperimento di una procedura comparativa è quindi momento del procedimento necessario per poter "aspirare" all'incentivo.

Occorre, quantomeno, uno svolgimento di indagini di mercato ed una successiva comparazione **concorrenziale tra più soluzioni negoziali che vincolano il committente alla valutazione tra le diverse offerte secondo canoni predeterminati, a contenuto più o meno complesso, secondo la diversa tipologia e oggetto del contratto da affidare (cfr. SRC Emilia-Romagna, deliberazione n. 33/2020/PAR e SRC Veneto, deliberazione n. 121/2020/PAR).**

Di conseguenza, le procedure di affidamento non comparative non consentono l'erogazione dell'incentivo (che già non dovrebbe essere presente neppure nel quadro economico dell'intervento).

In questo senso, ex multis, SRC Campania, n. 14/2021/PAR; SRC Toscana, n. 186/2017/PAR; SRC Marche, n. 28/2018/PAR; SRC Lazio, deliberazione n. 60/2020/PAR; SRC Veneto n. 301/2019/PAR.

5. L'affidamento diretto preceduto da indagini di mercato e espletato con modalità comparative

L'aspetto interessante, che sembra aprire a nuove prospettive, è che anche la fattispecie (formale) dell'affidamento diretto può essere articolata, dal RUP, in modo più complesso – sempre che sussistano motivi per operare in questo modo -, legittimando, quindi, anche l'erogazione degli incentivi.

Sul punto, infatti, in delibera si precisa che "le modalità procedurali di cui all'art. 36, comma 2, lett. a), così come la disciplina derogatoria e temporanea introdotta dal DL n. 76/2020, art. 1, comma 2, lett. a) (affidamenti diretti), **non precludono, infatti, che l'affidamento del contratto possa essere preceduto dall'esperimento di procedure, sia pure semplificate, ma sostanzialmente di natura comparativa e, in ogni caso, nel rispetto dei principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità e rotazione** di cui all'art. 30 del codice dei contratti, richiamati anche dalla disciplina emergenziale di cui al DL n. 76/2020 (cfr. SRC Veneto, deliberazione n. 121/2020/PAR)".

Il modello temperato predisposto dal legislatore, pertanto, pur con adeguata motivazione (come si vedrà più avanti, da declinarsi nella determinazione a contrarre) non impedisce la possibilità di provare ad individuare – qualora siano presenti -, soluzioni tecnico/organizzative maggiormente favorevoli per la stazione appaltante. A questo fine, ovvero l'assicurare una migliore spendita del denaro pubblico, purchè si privilegi anche il dato della tempestività e la scelta di moduli maggiormente articolati non sia determinata da intenti defatigatori, è assolutamente legittimo innestare nella fattispecie dell'affidamento diretto puro una indagine formale ed una successiva comparazione.

Ciò implica, evidentemente, maggiori compiti e maggiori responsabilità in funzione di un operare maggiormente incisivo che merita una considerazione (ed una maggiore retribuzione determinata dall'incentivo per funzioni tecniche).

6. La risposta

La conclusione, quindi, è nel senso che deve ritenersi esclusa la possibilità di erogare incentivi tecnici nel caso di affidamento diretto "puro", tra cui anche l'affidamento per somma urgenza di cui all'art. 163 del Codice dei contratti pubblici **"salve le ipotesi nelle quali per la complessità della fattispecie contrattuale l'amministrazione, nonostante la forma semplificata dell'affidamento diretto, proceda allo svolgimento di una procedura sostanzialmente comparativa, la quale dovrà**

comunque emergere nella motivazione della determinazione a contrarre, in conformità al principio di prevalenza della sostanza sulla forma, di matrice comunitaria" (cfr. SRC Veneto, deliberazione n. 121/2020/PAR).

Più nel dettaglio il parere resto è che "relativamente agli incentivi tecnici previsti dall' art.113 d. Lgs. 50/2016 nel testo vigente **è consentito adottare un'accezione estesa del requisito della procedura comparativa necessaria alla corresponsione degli stessi, tale da includere anche forme di affidamento più ridotte e semplificate, quali quelle riferibili allo svolgimento di indagini di mercato e della comparazione concorrenziale tra più soluzioni negoziali che vincolano il committente alla valutazione tra le diverse offerte secondo canoni predeterminati, a contenuto più o meno complesso, secondo la diversa tipologia e oggetto del contratto da affidare**".

Nessun incentivo in caso di proroghe anche se espletate in attesa della gara vera e propria

Premessa

Anche la sezione regionale della Sicilia, nel parere in considerazione (di cui alla deliberazione n. 181/2022) esamina ulteriore quesito in tema di incentivi e precisamente della possibilità di erogarli nel caso di utilizzo di proroghe tecniche/ affidamenti diretti in attesa della nuova procedura di gara. Più nel dettaglio la richiesta è di fornire parere "in merito al diritto o meno dei dipendenti alla corresponsione dei suddetti incentivi per funzioni tecniche nel caso di proroghe tecniche o di affidamenti diretti in attesa dell'espletamento di successive procedure di affidamento che prevedano invece la consultazione comparativa di più operatori".

1. L'istruttoria

Nell'istruttoria la sezione premette quelli che sono gli approdi giurisprudenziali evidenziando che le fattispecie delineate nell'articolo 113 (la necessità, quindi, di una gara o di una procedura comparativa) rappresentano momenti insuperabili.

In particolare, la Sezione delle Autonomie di questa Corte ha affermato che la vigente disciplina degli incentivi tecnici dettata dal citato art. 113 del decreto legislativo n. 50 del 2016, si connota per la previsione di un sistema compiuto di vincoli per l'erogazione degli incentivi stessi, individuandone l'ambito applicativo sia sotto il profilo soggettivo che sotto il profilo oggettivo.

In linea con l'orientamento delineato, si legge nella deliberazione, la sezione ha avuto modo di rilevare il carattere tassativo dell'individuazione delle fattispecie fatta dal legislatore, procedendo con una lettura testuale della disposizione, non suscettibile di interpretazioni estensive.

Dalla lettura testuale della norma appare, pertanto, di chiara evidenza la volontà del legislatore di attribuire gli incentivi di che trattasi **esclusivamente per le funzioni e la tipologia di contratti espressamente indicati e qualsiasi diversa soluzione interpretativa verrebbe a violare i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato in tema di interpretazione della**

legge. In questo senso l'art. 12 disp. att. recita, infatti, che nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dell'intenzione del legislatore" (Sezione Controllo per la regione Siciliana, delib. n. 54/2019/PAR).

2. Il riscontro

La conclusione, ovvia, è che in mancanza di una procedura di gara, infatti, l'art. 113, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016 non prevede l'accantonamento delle risorse e, conseguentemente, la relativa distribuzione (Sez. Controllo Veneto, delib. n. 301/2019/PAR; Sez. Controllo Lombardia, delib. n. 185/2017/PAR).

Questa Sezione, conclusivamente, in linea con la soluzione interpretativa delineata da questa magistratura contabile, dalla quale la sezione non si discosta, e coerentemente con l'interpretazione letterale della norma, ritiene non praticabile un'interpretazione estensiva ed analogica. Si conferma, pertanto, l'esclusione dalla disciplina degli incentivi tecnici nel caso di proroghe tecniche o di affidamenti diretti in attesa dell'espletamento di successive procedure di affidamento che prevedano, invece, la consultazione comparativa di più operatori.

Fondo pluriennale vincolato e revisione del prezzo

Premessa

Il caso esaminato con la deliberazione n. 155/2022 dalla sezione lombarda risulta di estrema importanza visto che coniuga la questione della revisione e/o compensazione dell'aumento dei prezzi (nel caso di specie di lavori) modificando il quadro economico (con implementazione di risorse) "consolidato" attraverso il passaggio a fondo pluriennale vincolato. Fondo che consente, come noto, in certe situazioni definite dal principio contabile 4/2 di mantenere nel bilancio le risorse preimpegnate per i lavori.

Più nel dettaglio il quesito mirava a capire "se, il combinato disposto del principio contabile e della legge n. 91/22, consente di integrare i quadri economici di opere reimputate e finanziate dal fondo pluriennale vincolato, con altre risorse (entrate dell'esercizio, avanzo di amministrazione) a copertura delle somme relative all'aggiornamento dei prezziari, con il conseguente risultato di avere un quadro economico progettuale finanziato in parte da fondo pluriennale vincolato ed in parte da risorse dell'esercizio; oppure, se in tali casi, viene a cadere il presupposto sulla costituzione e mantenimento del fondo pluriennale vincolato, come previsto dai principi contabili, essendo modificato il quadro economico totale del progetto ed occorre rifinanziare l'intera opera con risorse dell'esercizio, cancellando, conseguentemente, le somme del quadro economico originario finanziato da fondo pluriennale facendole confluire, a fine esercizio, nell'avanzo di amministrazione".

1. Il fondo pluriennale vincolato

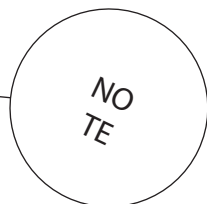
La risposta al quesito de quo, si legge in deliberazione, può desumersi dallo stesso principio contabile, di cui all'allegato n. 4/2 al d.lgs. n.118/2011, che, al punto 5.4, precisa che "Il fondo pluriennale vincolato è un saldo finanziario, costituito da risorse già accertate destinate al finanziamento di obbligazioni passive dell'ente già impegnate, ma esigibili in esercizi successivi a quello in cui è accertata l'entrata.

Si è in presenza di un saldo finanziario che garantisce la copertura di spese imputate agli esercizi successivi a quello in corso, che nasce dall'esigenza di applicare il principio della competenza finanziaria di cui all'allegato 1, e rendere evidente la distanza temporale intercorrente tra l'acquisizione dei finanziamenti e l'effettivo impiego di tali risorse".

Il fondo pluriennale pertanto, è un saldo "che permette di mantenere e fornire copertura alle obbligazioni e agli impegni legittimamente assunti dall'Ente territoriale, in modo che il vincolo pluriennale sia coerentemente rivolto alla conservazione delle risorse finanziarie per onorare le relative scadenze finanziarie".

La funzione che i principi contabili attribuiscono a tale fondo – precisa il collegio - non esclude che pur in presenza di FPV su cui è stata imputata la spesa, l'Ente alla luce di un fatto sopravvenuto, nel caso di specie una espressa previsione normativa (legge n. 91 /2022), debba assumere una nuova e/o maggiore obbligazione, a cui, normativamente, deve essere data adeguata copertura finanziaria. Tra altro, tale copertura potrà essere garantita, esclusivamente, al momento in cui tale obbligo si è perfezionato e, quindi, non poteva già trovare imputazione nel fondo pluriennale vincolato. Secondo la sezione, e la risposta è quindi positiva il Fondo pluriennale vincolato potrà essere incrementate con risorse di competenza per far fronte alle superiori esigenze della compensazione dei prezzi.

Ciò presuppone, comunque, al fine del mantenimento dell'imputazione della spesa complessiva, comprensiva dell'obbligazione sopravvenuta, al fondo pluriennale vincolato, che sussistano tutte le condizioni previste dal principio contabile, allegato n. 4/2 del D.lgs.118/2011, punto 5.4.9 e segg.



A series of horizontal dotted lines for writing notes.